إقليم كردستان العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة السليمانية
كلية القانون

الوسيط
في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي

رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته

(عقد الزواج و اثاره ، والفرقة واثارها ، وحقوق الأقارب)

تأليف
الأستاذ المساعد الدكتور
فاروق عبدالله كريم

طبع هذا الكتاب على نفقة جامعة السليمانية
٢٠٠٤ م

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

سلك المشرع العراقي مسلك الإختصار في تنظيم المواضيع التي تدخل في نطاق قانون الأحوال الشخصية ، فقد إقتصر على ذكر أبرز أحكام تلك المواضيع دون أن يدخل في تفاصيلها إلا في مسائل قليلة ،كما أنه لم يتطرق إلى جملة من المسائل الهامة التي كان ينبغي أن يتكفلها بالتنظيم ، وهو بذلك قد ترك مساحة واسعة جدا لمبادئ الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي .

ولقد كان من أهم أسباب هذا الإختصار التوقف بقدر الإمكان عند الأحكام المتفق عليها بين الفقهين السني والشيعي .

وإتخاذ هذا المسلك من قبل المشرع جعل هذا القانون بحاجة إلى شرح يرتكز على أمرين هامين يتوقف عليهما فهم القانون من قبل الدارسين له وهما :

أولا : – ذكر خلاصة للآراء الفقهية الموجودة في الموضوع المطروح إذا دعت الحاجة إلى ذلك ، وخاصة في الحالات التى ترك المشرع فيها الحكم لمباديء الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي .

ثانيا :– الإشارة إلى القرارات الصادرة من المحاكم ، والتي كثيرا ما تكون هي الحاسمة عند الخلاف .

ولقد حاولنا مراعاة الأمرين المذكورين في هذا الشرح بالقدر الذي يتناسب مع كتاب منهجي ، فلا فصلنا في ذكر الآراء الفقهية وأدلتها بصورة تضيع بينها الأحكام القانونية ، ولا قطعنا الأحكام القانونية من الآراء الفقهية بصورة مطردة ، لأن هذه الآراء هي جذور تلك الأحكام القانونية .

وختاما فإننا لاندعي بأننا سلكنا مسلكا فريدا من نوعه في شرح القانون وتجاوزنا كليا ما أخذ على من له فضل السبق علينا ، بل كل ما حاولنا الوصول إليه هو إتخاذ مسلك وسط بين الإختصار المخل والتفصيل الممل ، مع التركيز على موقف القانون ، وإسناده بما هو متوفر من آراء الفقهاء ، وما إطلعنا عليها من أحكام المحاكم على أمل أن يستفيد منها طلبة كلية القانون ، و لله الحمد أولا و أخيرا .

شكر وتقدير :

مــن الواجب نسبة الفضل الى أهله و ذوية وانطلاقا من ذلك أقدم جزيل شــكري وفــائق تقديري الى رئاسة جامعة السليمانية لتقديمها كل التسهيلات الممكنة لتأليف وطبع هذا الكتاب .

تمهيد

قبل البدء بشرح القانون لابد من أن نلقي الضوء على بعض المسائل التي تيسر فهم القانون ،كبيان معنى الأحوال الشخصية ونطاق مفهوم هذا المصطلح ، وما ينتج عن ذلك من تحديد لوظائف وإختصاصات محاكم الأحوال الشخصية المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية ،كما أن من المناسب أن نعقب ذلك ببيان الإختصاص المكاني للتقاضي ، ثم أن الغالبية العظمى من أحكام هذا القانون تخص الفرد بإعتباره عضوا في أسرة لذلك لابد من معرفة معنى القرابة ودرجاتها .

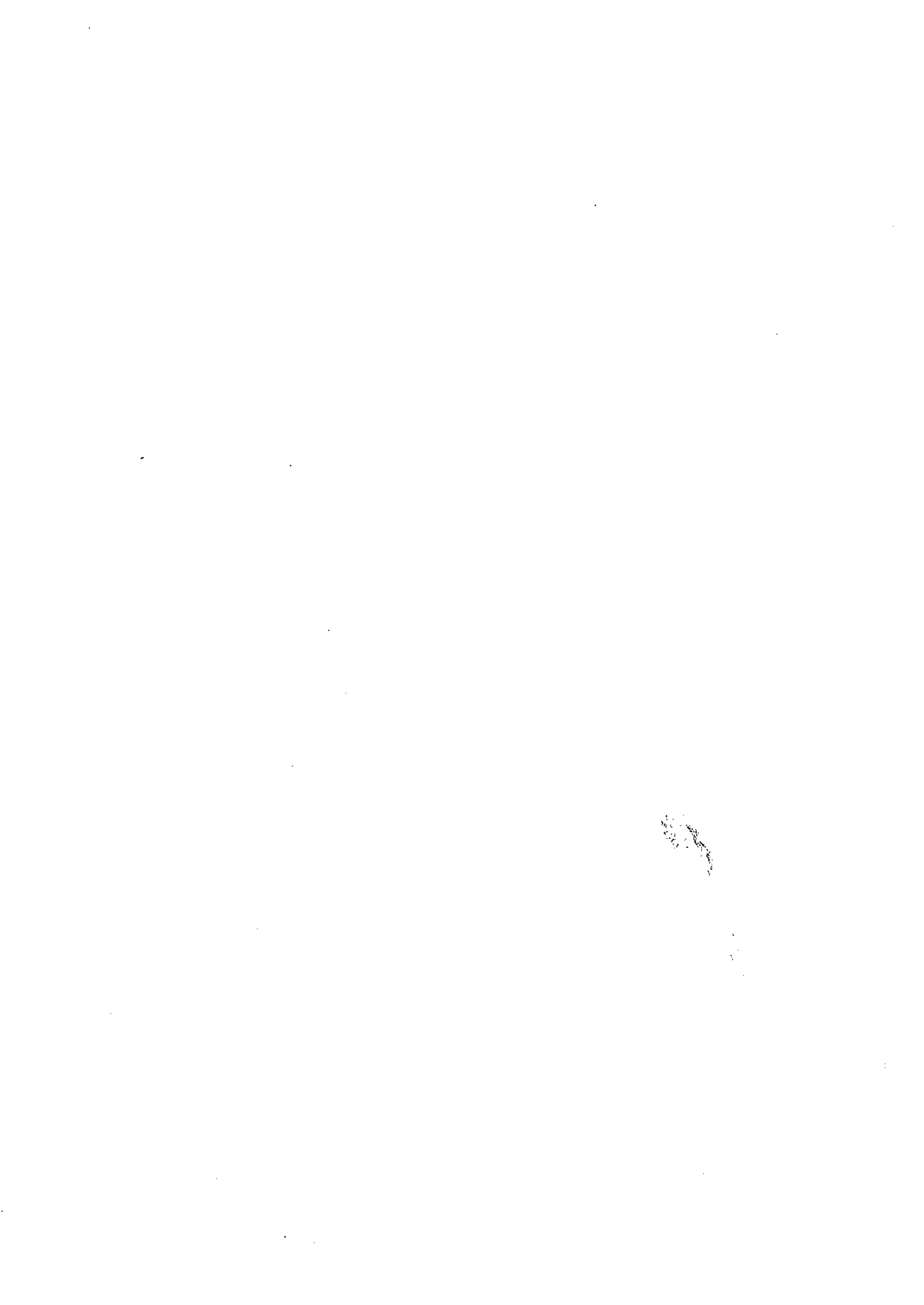
وبهذا فإن هذا التمهيد يتضمن المواضيع الآتية :

١- معنى الأحوال الشخصية .

٢- نطاق مفهوم الأحوال الشخصية و وظائف وإختصاصات محاكم الأحوال الشخصية .

٣- الإختصاص المكاني للتقاضي .

٤- القرابة ودرجاتها .



(١) معنى الأحوال الشخصية

(الأحوال الشخصية) : مصطلح قانوني إبتدعه الفقه الإيطالي في القرن الثاني عشر[١] لا نجد له إستعمالا في كتب الفقه الإسلامي ، حيث كان الفقهاء يبحثون المسائل التي تندرج ضمن مفهوم الأحوال الشخصية في كتاب النكاح ، وكتاب الطلاق ، وكتاب النفقة ، وكتاب النسب، ونحو ذلك .

وظهر هذا المصطلح أول ماظهر في أواخر القرن التاسع عشر حين قام الفقيه المصري (محمد قدرى باشا) بوضع مجموعة فقهية خاصه سماها " الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية " ثم حذا حذوه الكاتبون في الفقه الإسلامي إلى أن أصبح إسماوعلما لكثير من القوانين الخاصة بأحوال الأشخاص والأسر في البلدان العربية والإسلامية .

وفي العراق ظهرت عبارة " المواد الشخصية " في بيان المحاكم الصادر عام (١٩١٧) وتلتها عبارة " الأحوال الشخصية " في تعديل بيان المحاكم عام (١٩٢١) ، ثم في قانون المحاكم الشرعية الصادر في (٣٠ حزيران عام ١٩٢٣) .

وجاءت عبارة " مواد الأحوال الشخصية " أيضا في القانون الأساسي العراقي عام (١٩٢٥) ، وترسخت هذه العبارة بتشريع قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (٧٨ لسنة ١٩٣١) ، ثم إستقرت بتشريع قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨ لسنة ١٩٥٩) [٢] وهو القانون النافذ الذي نحن بصدد شرحه .

ويرى البعض أن مصطلح الأحوال الشخصيه يعنى " تنظيم العلاقة بين أفراد الأسرة الواحدة إبتداء وإنتهاء وبيان مالكل على الآخر من حقوق و واجبات " .

ولوحظ على هذا التعريف أنه ينطبق على (قانون الأسرة) أكثر منه على قانون الأحوال الشخصية [٣] ، ذلك لأن التنظيم القانوني طبقا لهذا التعريف يكون محصورا على الأشخاص

---

(١) محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية : ص ١٠.

(٢) الدكتور أحمد علي والدكتور حمد عبيد والدكتور محمد عباس ، شرح قانون الأحوال الشخصية : ص ٧ .

(٣) الدكتور منذر الشاوي ، المدخل لدراسة القانون الوضعي : ص١٤٠ .

بإعتبارهم أفرادا في أسرة فحسب مع أن هناك أحكاما في هذا القانون تخص الأشخاص بقطع النظر عن علاقتهم الأسرية كمن يوصي ببعض أمواله إلى شخص أجنبي ،ولذلك نرى أن التعريف المناسب هو ماورد في حكم لمحكمة النقض المصرية في بيان الأحوال الشخصية الصادر في الحادى والعشرين من كانون الثاني عام ١٩٣٤ جاء فيه :

المقصود بالأحوال الشخصية هو :

مجموعة مايتميز به الإنسان من الصفات الطبيعيه أو العائلية التى رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الإجتماعية ، ككون الإنسان ذكرا أو انثى وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية " .

(٢) نطاق مفهوم الأحوال الشخصية وإختصاصات و وظائف المحاكم المختصة بها :-

لقد أثار مصطلح الأحوال الشخصية بادئ ظهوره إختلافا في وجهات النظر بين الهيئات القضائية المختلفة في مصر حول تحديد نطاقه وما يندرج تحته من المسائل ، فكان منهم من يوسع من نطاقه ومنهم من يضيق فيه ، وكان لهذا الإختلاف أهمية كبيرة من ناحية تحديد المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات التى تقوم بين الأفراد والفصل فيها [١] غير أن تحديد مدلول هذا المصطلح من قبل محكمة النقض المصرية قد حسم الأمر في النهاية .

وبخصوص قانون الأحوال الشخصية في العراق فإن المادة (٣٠٠) من قانون المرافعات المدنية حددت وظائف وإختصاصات محاكم الأحوال الشخصية حيث نصت على مايأتي :

" تختص محكمة الأحوال الشخصية بالنظر في الأمور التالية " :

١- الزواج ومايتعلق به من مهر و نفقة ونسب وحضانة وفرقة وطلاق وسائر الأمور الزوجية .

٢- الولايه والوصاية والقيمومة والوصية ونصب القيم والوصي وعزله ومحاسبته والإذن بالتصرفات الشرعية والقانونية .

---

(١) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص٤٠ .

٣- التولية على الوقف الذري ونصب المتولي وعزله ومحاسبته وترشيح المتولي في الوقف الخيري أو المشترك .

٤- الحجر ورفعه وإثبات الرشد.

٥- إثبات الوفاة وتحرير التركات وتعيين الحصص الإرثية في القسامات الشرعية وتوزيعها بين الورثة [1] .

٦- المفقود وما يتعلق به :

وتجدر الإشارة إلى أن الأمور المتعلقة بالمسائل المالية كالوقف والوصية والنفقات على إختلاف أنواعها هي بحسب الأصل من الأحوال العينية ، غير أن المشرع ألحقها بالأحوال الشخصية لأن بعضها من عقود التبرعات وهي قائمة على مبدأ التصدق المندوب إليه ديانة [2] ، وأدرجت الهبة في بعض التشريعات العربية ضمن قانون الأحوال الشخصية [3] ، على أساس أنها من عقود التبرع شأنها شأن الوصية والوقف غير أنها في العراق ومصر وسوريا وبلدان أخرى عدت من العقود العينية التى ينظمها القانون المدني وسنتناول بالذكر بعضا من أحكامها في موضوع العدول عن الخطبة .

(٣) الإختصاص المكاني للتقاضي

إن الدعاوى كقاعدة عامة ومن ضمنها دعاوى الأحوال الشخصية تقام في محكمة محل إقامة المدعى عليه [4] إلا أن هنالك إستثناءات نذكر منها ما يتعلق بالزواج والطلاق وآثارهما :

---

(١) إذا كان بين الورثة قاصر فإن مديرية رعاية القاصرين هي المختصة بتحريرالتركةوتصفيتها ،ويشمل لفظ القاصرالصغير الذي لم يبلغ الرشد وهو تمام الثامنة عشر من العمر ويعد من أكمل الخامسة عشر من العمر وتزوج بإذن المحكمة كامل الأهلية، كما يشمل لفظ القاصر المجنون ،والمحجور الذي تقرر المحكمة أنه ناقص الأهلية أو فاقدها ، ويشمل لفظ القاصر أيضا الغائب والمفقود .

(٢) زكي الدين شعبان ، المصدر السابق : ص ٤٢ .

(٣) كقانون الأحوال الشخصية التونسي .

(٤) عبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية العراقي ،ألقيت على قضاة العمل : ص ٦ .

يجوز أن تقام دعوى الزواج بمحكمة محل العقد ، كما يجوز أن تقام دعوى الفرقة والطلاق في محكمة محل العقد أو محكمة محل إقامة المدعى عليه أو محكمة المحل الذي حدث فيه سبب الدعوى .

تقام دعوى نفقة الأصول والفروع والزوجات في محل إقامة المدعي أو المدعى عليه ، أما النفقات الأخرى فتقام الدعوى بها في محكمة محل إقامة المدعى عليه [1] .

(٤) القرابة ودرجاتها

إن الأسرة هي المحور الأساسي لأحكام قانون الأحوال الشخصية ، وقد نصت المادة (٣٨) من القانون المدني على أن : " أسرة الشخص تتكون من ذوي قرباه ، ويعتبر من ذوي القربى من يجمعهم أصل مشترك " .

وهذا يعني أن الكلام عن الأسرة هو في الوقت ذاته كلام عن القرابة .

وتنقسم القرابة إلى قسمين :

القسم الأول :

القرابة المباشرة ، تسمى أيضا خط النسب المستقيم وهي :" الصلة ما بين الأصول والفروع ".[2]

فالآباء والأمهات أصول لأولادهم وأولادهم فروع لهم .

القسم الثاني :

قرابة الحواشي ، أو(قرابة غير مباشرة)[3] وتسمى أيضا خط النسب المنحرف وهي :

" الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر " .

فالشخص مع أخيه يجمعهما أصل مشترك وهو أبوهما لكن أحدهما ليس فرعا للآخر بل كل منهما فرع لأبيه ، وإبن الأخ ليس فرعا لعمه وإبن العم ليس فرعا لإبن عمه .

---

(١) يراجع المادتين (٣٠٣ ، ٣٠٤) من قانون المرافعات المدنية .

(٢) الفقرة الأولى من المادة (٣٩) من القانون المدني .

(٣) الفقرة الأولى للمادة (٣٩) أعلاه .

درجات القرابة

لمعـــرفة درجـــات القرابة والمصاهرة أهمية كبيرة لأنها موضع إعتبار في عدة قوانين مثل قانون العقوبات وقانون المرافعات وقانون الإدعاء العام .

وتـــتم معـــرفة درجـــة القرابة المباشرة بإعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل .

ولمعـــرفة درجـــة قرابة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع إلىالأصل المشترك ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر وكل فرع يعتبر درجة دون أن يحسب الأصل المشترك .[1]

فدرجـــة القـــرابة بـــين أخويـــن من الدرجة الثانية فلو فرضنا أن إسم الأخ (آلان) وإســـم أبـــيه (أحمـــد) وإسم أخته (شيرين) فإننا نجد ثلاثة أشخاص وهم (آلان وأحمد وشـــيرين) وكـــل واحـــد من هؤلاء يعتبر درجة فإذا طرحنا الأصل المشترك وهو والدهما (أحمد) يبقى لدينا شخصان أي درجتان فالقرابة هذه تكون من الدرجة الثانية .

ودرجـــة القـــرابة بين (آلان) ووالده من الدرجة الأولى لأن (آلان) درجة ووالده (أحمـــد) درجـــة فـــإذا طرحـــنا الأصـــل وهـــو الوالد (أحمد) يبقى (آلان) وحده ، فالقرابة من الدرجة الأولى .

درجات القرابة بالمصاهرة

المصاهرة رابطة إجتماعية وصلة بين أسرتين بسبب الزواج تترتب عليها أحكام قانونية تتعلق بالحل والحرمة .[2]

والقرابة بالمصاهرة هي المرادة بالفقرة الثالثة من المادة (٣٩) إذ نصت على أن :

" أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر " .

ولمعرفة درجة القرابة يحتسب الزوج والزوجة على أنهما شخص واحد ، وحينئذ تكون زوجة الإبن في الدرجة الأولى من درجات المصاهرة بالنسبة إلى والدي زوجها " وكذلك والداها يعتبران في الدرجة الأولى من درجات المصاهرة بالنسبة للزوج ،

---

(١) الفقرة الثانية من المادة (٣٩) من القانون المدني العراقي .

(٢) عبدالقادر إبراهيم ، المصدر السابق : ص ٩ .

ذلـــك لأن درجة القرابة بين الأب وإبنه وبين الأم وإبنها من الدرجة الأولى وتأسيسا على مـــا تقـــدم فإن زوجة الأخ تكون في الدرجة الثانية وزوجة إبن الأخ في الدرجة الثالثة ، وزوجـــة العـــم وزوج العمـــة ، وزوجـــة الخـــال وزوج الخالة في الدرجة الثالثة أيضا ، وزوجـــة كـــل مـــن إبـــن العم وإبن الخال وإبن الخالة وإبن العمة في الدرجة الرابعة من درجات المصاهرة ...... وهكذا .

الباب الأول

الزواج

الأحكام العامة لتطبيق القانون

جاء المشرع العراقي بقواعد عامة في المادتين الأولى والثانية من قانون الأحوال الشخصية سالكا بذلك المسلك المتبع في القانون المدني ، وتستهدف هذه القواعد وضع منهج عام لتطبيق هذا القانون .

نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى : على أنه :

" تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها "

ويعنى المشرع من هذه الفقرة أن القضاة كما يأخذون الأحكام من ألفاظ النصوص وعباراتها ، فإن عليهم إستنباط الأحكام عن طريق النظر في فحوى هذه النصوص ومفاهيمها ، ولا يصح إنستقالهم إلى مصدر آخر (غير النص) إلا بعد التأكد من خلو النص لفظا وفحوى من إيجاد حل للقضية المعروضة أمامهم .

وأخذ الأستاذ الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي على هذه المادة كونها حصرت إستنباط الأحكام على اللفظ والفحوى مع أن هنالك قنوات أخرى غيرهما بإمكان القاضي إستنباط الأحكام عن طريقها لذا إقترح تعديل النص وجعله كالآتي :

" تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها ومفهومها " .

وعلل ذلك بأن المنطوق يشمل المنطوق الصريح (عبارة النص) ، والمنطوق غير الصريح ويشمل إشارة النص ، وإقتضاء النص ، وإيماء النص ،كما أن المفهوم يشمل مفهوم الموافقة ، ومفهوم المخالفة .[1]

وهذا الإقتراح جدير بأن يؤخذ به لأنه يوسع من شمولية النصوص ، وبالتالي تكون أكثر قدرة على إيجاد الحلول للمسائل المعروضة .

- تنص الفقرة الثانية على أنه :

" إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مباديء الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون "

---

(١) ينظر له ، أصول الفقة الإسلامي في نسيجه الجديد : ص ٤٨٩-٤٩٠ .

حـــددت هذه الفقرة الشريعة الإسلامية كمصدر إحتياطي أول بعد نصوص القانون ، فعـــند فقـــد نـــص يمكن تطبيقه ينتقل القاضي إلى الشريعة الإسلامية فيأخذ بالرأي الذي يتلاءم مع نصوص القانون ، وبالرغم من أن هذه الملاءمة مسألة خاضعة لإجتهاد القاضي ، إلا أن من الممكن توضيحها على النحو الآتي :

إن المـــتأمل في مجمـــوع نصـــوص قانون الأحوال الشخصية الواردة بخصوص وقوع الطـــلاق وعـــدم وقوعه يجد أن المشرع يتجه فيها نحو الإبقاء على الحياة الزوجية ما أمكن بعـــدم إيقـــاع الطـــلاق ، وهـــنا إذا عرضت على القاضي قضية طلاق لم يجد لها حكمافي نصـــوص القانون ، ووجد في القضية ذاتها آراء فقهية مختلفة بين قائل بالوقوع وقائل بعدم الوقوع ،فإن الرأي الأكثر ملاءمة لنصوص القانون هنا هو الرأي القائل بعدم الوقوع .

ومـــادام المشـــرع يطلـــب من القاضي الأخذ بالرأي الأكثر ملاءمة لنصوص القانون فـــإن ذلـــك يعني عدم جواز تقيد القاضي بمذهب فقهي معين ، ولعل المشرع إكتفى بهذه الإشارة عن التصريح بعدم جواز التقيد بمذهب معين كما فعل في القانون المدني .

- تنص الفقرة الثالثة على أنه :

" تسترشـــد المحـــاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية " .

في الوقـــت الـــذي أحـــال المشرع فيه القاضي إلى الشريعة الإسلامية عند عدم وجود الـــنص في القضـــية المطـــروحة أمامه ، جاء ويسر السبيل أمام القاضي لكيفية الرجوع إلى مـــباديء الشـــريعة ، فأرشـــده في ذلك الإستمداد إلى الإستعانة بالأحكام التي أقرها الفقه والقضـــاء الشـــرعي في العـــراق أولا ، ثم في البلاد الإسلامية الأخرى شريطة أن تتقارب قوانـــين تلـــك الـــبلاد مع القوانين العراقية ، كأن لا تلتزم قوانين تلك البلاد بمذهب معين مـــثل الـــيمن ، حيـــث يعـــتمد القضاء فيه المذهب الزيدي ، والمملكة العربية السعودية حيـــث يعـــتمد القضـــاء فيها المذهب الحنبلي ، وفي هذه المادة إشارة أخرى مؤكدة للزوم تحاشي التقيد بمذهب معين .

- تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية على مايأتي :

" تسري أحكام هذا القانون على العراقيين إلا من أستثنى منهم بقانون خاص "

ومعنى ذلك أن الأصل هو تطبيق هذا القانون على جميع العراقيين دون تفرقة بين مسلم وغيره إلا من أستثنى منهم بقانون خاص ، وبهذا يصبح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ القانون العام فيما إحتواه من مبادئ وأحكام ، وتصبح قوانين الأحوال الشخصية الأخرى قوانين خاصة .

أما غير العراقيين فإنه يطبق عليهم قانون الأحوال الشخصية رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١.[1]

أما من أستثنى منهم بقانون خاص فهم المسيحيون والموسويون فإن لهم قانونا خاصا بهم وهو قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم ٣٢ لسنة ١٩٤٧ .

وكذلك الأرمن الإرثوذكس فإن لهم أيضا قانونا خاصا بهم وهو القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٣١، وقد منح هذا القانون وبموجب المادة السادسة منه سلطات واسعة لمجلسهم الروحاني للبت في كثير من المسائل ، كما أن للطائفة الأسرائيلية قانونهم الخاص وهو القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٣١ [2] .

- نصت الفقرة الثانية من المادة نفسها على ما يأتي :

" تطبق أحكام المواد (١٩، ٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٣، ٢٤) من القانون المدني في حالة تنازع القوانين من حيث المكان "

وطبقا لهذه الفقرة يكون القاضي ملزما بتطبيق القواعد العامة المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان الواردة في القانون المدني على أحكام الأحوال الشخصية .

وما يرتبط بموضوعنا من المواد المذكورة هي المواد الثلاثة الأول (١٩، ٢٠، ٢١) أما المواد الباقية فإنها تتعلق بالميراث والوصايا وطرق إنتقال الملكية ، وبالرجوع إلى أحكام تلك المواد نجدها كالآتي :

- تنص الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون المدني على أنه :

" يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين ، أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحا الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقا

---

(١) الدكتور أحمد عبيد الكبيسي ، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون بغداد : ٢٢/١ .

(٢) المصدر السابق : ص ٢٣ .

للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه ، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين " .

إن قانون الأحوال الشخصية قانون شخصي يتبع الشخص ولا أثر للأقليم فيه ، لذلك يجب الرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية المتصل بجنسية كل من الزوجين بخصوص الشروط الموضوعية ، فإذا كان العقد مستوفيا لتلك الشروط حكمت المحكمة بصحته وإلا حكمت ببطلانه .. فلو تزوجت مسلمة من غير المسلم بطل العقد [1] لعدم توفر شرط موضوعي هنا وهو إتحادالدين ، وتحديد ماهو شرط شكلي وما هو شرط موضوعي يختلف من قانون إلى آخر كما أن لإجتهاد القاضي دوره في هذا المجال .

ولا إشكال في الأمر إذا كان الزوجان من جنسية واحدة أما إذا إختلفت جنسيتهما فهناك إختلاف في الفقه حول الأخذ بقانون الزوجين أو قانون أحدهما ، فهناك رأى في الفقه يقول بضرورة تطبيق قانون كل من الزوجين على الزوجين معا ، فإذا كان سن الأهلية في قانون الزوج ١٨ ثمانية عشر سنة ، وفي قانون الزوجة ٢٠ عشرين سنة ، وكان عمر الزوج ١٩ تسع عشرة سنة فإن العقد لايصح طبقا للرأي المذكور نظرا لعدم إمكانية التطبيق الجامع .

وبالمقابل فإن الرأي السائد والأكثر رجحانا هو (التطبيق الموزع) وذلك بأن يطبق على الزوج قانونه وعلى الزوجة قانونها ، وطبقا لهذا الرأي فإن عقد الزواج مابين الزوجين كما هو مذكور في المثال السابق يكون صحيحا .

وتجب الإشارة إلى أن الأختلاف بين الزوجين إذا كان في شرط موضوعي كموانع الزواج فإن من الواجب على القاضي أن يعمل بالتطبيق الجامع [2] .

أما من حيث توافر الشروط الشكلية كشرط تسجيل عقد الزواج مثلا فإنه يكفي لصحته إستيفاؤه للشروط المقررة في قانون كل من الزوجين أو للشروط المقررة في قانون البلد الذي تم فيه العقد ، إذ أن قانون هذا البلد يقوم مقام قانوني الزوجين .

---

(١) منير القاضي ، ملتقى البحرين ، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي : ص ٤٣-٤٤ ،والدكتور أحمد عبيد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي : ص ٢٥ :والدكتور أحمد علي وآخرون شرح قانون الأحوال الشخصية :ص ١٦ — ١٧ .

(٢) الدكتور عزالدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص : ٢/٢٢٥ وما بعدها .

- تنص الفقرة الثانية على أنه :

" ويسرى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال ".[1]

إن آثار الزواج كالمهر والنفقة والحضانه فإنه يرجع في تطبيق أحكامها إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج .

- تنص الفقرة الثالثة على مايأتي :

" ويسري في الطلاق والتفريق والإنفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى ".[2]

إن الفرقة بين الزوجين إذا حصلت بسبب الطلاق فإنه يطبق بشأنه قانون الزوج وقت الطلاق ، وإذا حصلت عن طريق التفريق القضائي فإنه يطبق بشأنه قانون الزوج وقت التفريق .

- تنص الفقرة الرابعة على أن :

" المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسرى عليها قانون الأب "

حددت هذه الفقرة قانون الأب وقت رفع الدعوى كمرجع للفصل في المسائل المذكورة ، ويندرج ضمن فقرة (وسائرالواجبات ...) مثلا(حق الوالد في التصرف في أموال ولده) .

---

(١) منير القاضي ملتقى البحرين : ص ٤٣ ، والدكتور أحمد علي وآخرون ، المصدر السابق : ص ١٦-١٧ .

(٢) سيأتي لاحقا معنى الطلاق والتفريق أما الإنفصال فتوضيحه كالآتي :

يرى المسيحيون المذهب الكاثوليكي أن الزواج رابطة مؤبدة لاسبيل إلى فك عراه ، وإذا تم الزواج صحيحا بين الزوجين فإنه لا يقبل التفريق ولو زنا أحدهما إذ أن الزواج عقد لا يحله إلا الموت ، لكن لديهم نظام الإنفصال الجسدي " وهو إبتعاد كل من الزوجين عن الآخر والإفتراق بينهما في المأكل والمشرب والسكن والمعاشره ، مع بقاء الرابطة الزوجية بينهما وعدم زواج أحدهما " بأي زوج آخر وذلك إذا ثبت زنا أحدهما ، انظر الدكتور عبدالرحمان الصابوني شرح قانون الأحوال الشخصية السوري : ٢/١٥١ — ١٥٣ .

- وجاءت الفقرة الخامسة كمايأتي :

" في الأحـوال المنصـوص علـيها في هذه المادة إذا كان أحد الزوجين عراقيا وقت إنعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده "

هـذه الفقـرة مقيدة لإطلاق ماسبقها من نصوص هذه المادة ، وأوجبت الرجوع إلى قـانون الأحـوال الشخصـية العـراقي حينما يكون أحد الزوجين عراقي الجنسية وقت إنعقاد الزواج ، فإذا تزوج لبناني بعراقية فإن القانون العراقي هو واجب التطبيق .

المـادة ٢٠ : نصت هذه المادة على أن :

" المسـائل الخاصـة بالوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها " .[١]

و واضـح مـن النص أن جميع القضايا المتعلقة بالمذكورين محكومة لقانون الدولة التي ينتمون إليها ، لأن الدولة هي المسؤولة عن رعاياها .

المـادة ٢١ : ونصها :

" الإلتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين بها "

عـدت هـذه المـادة الـنفقة من الأحوال الشخصية ، وجعلت قانون الملتزم بها هو القـانون الـذي يجـب تطبيقه ، وتبعا لذلك فإن قانون الزوج هو الذي يجب تطبيقه إذا كانـت الـنفقه نفقة زوجية ، لأنها أثر من آثار الزواج كما أن قانون الأب هو الذي يجب تطبـيقه إذا كانـت الـنفقة لـلأولاد ، وإذا كانـت النفقة للأقارب فإنها تخضع لقانون المدعى عليه .[٢]

---

(١) المقصـود بمسـائل الوصاية ، المسائل المتعلقة بنصب الولي على القاصر وعزله ومحاسبته ونحو ذلك ، المـراد بالقوامـة النـيابة عن المفقود ومايتعلق بها من المحافظة على أموال المفقود وجمع ديونه وإدارة أموالـه ونحـو ذلـك ، والمـراد مـن الغائـب : الغائـب غيـبة مـنقطعة وهـو المفقـود ، انظر الدكتور منيرالقاضي ، ملتقى البحرين : ص ٤٨ .

(٢) منير القاضي ، ملتقى البحرين : ص ٩٤ .

الفصل الأول
الزواج والخطبة



المبحث الأول

الخطبة و أحكامها والعدول عنها

الزواج عقد يتعلق بذات الإنسان ، به تتكون الأسرة وتنشأ الأجيال ومن أجل ديمومته وضمان إستقرار الحياة الزوجية جعل له مقدمة وهي الخطبة ، وسنتكلم عن أهم الأحكام التي تتعلق بها فنبدأ أولا بتعريفها ثم ببيان حكم محل الخطوبة ونتكلم أخيرا عن أحكام العدول عن الخطبة .

المطلب الأول

أحكام الخطبة

تعريف الخطبة :

الخطبة هي طلب الرجل الزواج بإمرأة معينة ، سواء توجه بالطلب إليها أو إلى أهلها .

محل الخطوبة و أحكامه

الخطبة مقدمة الزواج وحكمها تابع له ، فمن لم يصح زواجها لم تصح خطبتها ، وتأسيسا على ذلك تحرم خطبة هؤلاء :-

١. المرأة المحرمة تحريما مؤبدا كأخت الشخص نسبا أو رضاعا .
٢. المرأة المحرمة تحريما مؤقتا ، ويشمل التحريم المؤقت :

أ-زوجة الغير : وهذه بالإجماع لاتجوز خطبتها ومن ثم العقد عليها ، لأنها زوجة ولا عقد على الزوجة مادامت زوجيتها قائمة ، فإذا طلقت وإنتهت عدتها تحل خطوبتها والزواج منها .

ب-المعتدة من طلاق رجعي : لا خلاف بين العلماء في تحريم خطبتها تصريحا أو تعريضا [١] ، لأنها مازالت زوجة لمطلقها يمكنه مراجعتها بدون حاجة إلى عقد أو مهر جديدين ، وحيث كان الأمر كذلك فإن في خطبتها إعتداء على حق الغير .

---

(١) المراد بالتعريض :إفهام الرجل المرأة بأنه يريد الزواج منها من غير تنصيص عليه .

ج-المعتدة من طلاق بائن : إختلف الفقهاء في خطبتها ، فذهب الحنفية إلى تحريم خطبتها مطلقا سواء بالتصريح أو بالتعريض مادامت العدة باقية لبقاء بعض آثار الزوجية [1] ، وذهب جمهور الفقهاء إلى جواز خطبتها تعريضا لأن الطلاق البائن يقطع سلطة الزوج على زوجته .[2]

د- المعتدة من الوفاة : ذهب الفقهاء إلى عدم جواز خطبتها صراحة وأجازوا خطبتها تعريضا لقوله تعالى : " ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم " .[3]

هـ-مخطوبة الغير : وذلك بأن تكون المرأة مخطوبة من قبل رجل ويتقدم ثان إليها بالخطبة ، فالخطبة الثانية محرمة لقوله صلى الله عليه وسلم " لا يبع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب " [4] وذلك لأن الخطبة الثانية تثير البغضاء بين الخاطبين وربما تؤدي إلى النزاع بين الأسرتين .

وفيما يتعلق بحكم الخطبة الثانية فإن للفقهاء التفصيل الآتي :

١- أن يتقدم الثاني بعد تمام الخطبة الأولى ، وهذا غير جائز بإتفاق الفقهاء لتعلق حق الخاطب الأول بها ، غير أنهم قالوا بجواز خطبتها من قبل الخاطب الثاني إذا أذن له الخاطب الأول ، لأن إذنه في هذه الحاله يعنى عدوله عن الزواج من تلك الفتاة .

٢- أن يتقدم إليها بعد رفض الفتاة وأهلها للخاطب الأول ، وحينئذ تكون الخطبة جائزة بإتفاق الفقهاء لأن الفتاة ليست مخطوبة ولايتعلق بها حق الغير .

---

(١) المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي : ٢الأسرتين/١٩٣ .

(٢) يونس البهوتي ، شرح منتهى الإرادات : ٨/٣-٩ ، وإبن جزي ، القوانين الفقهية : ص ١٩٩، وشمس الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : ٢٥٣/٦ .

(٣) سورة البقرة : ٢٣٥ .

(٤) محمد بن إسماعيل الصنعاني ، سبل السلام شرح بلوغ المرام ، ٢٢/٢ - ٢٣ .

٣- أن يـتقدم إلـيها في وقـت لم تـبد الفتاة وأهلها رفضا أو قبولا للخاطب الأول ، هـنا إختلف الفقهاء على رأيين تبعا لتفسيرهم لذلك السكوت ، فمن عده رفضا أجاز الخطبة الثانية ، ومن عد السكوت إنتظارا من أجل التحري عن الخاطب لم يجزها لأنها قـد تـؤدي إلى رفـض الخاطب الأول إذا كان الثاني أحسن حالا منه (١) ، ويبدو رجحان هذا الرأي لأن الوقوف على حقيقة شخص الخاطب وسلوكه يحتاج إلى بعض الوقت .

ولقـد إخـتلف الفقهـاء القـائلون بـتحريم الخطـبة الثانـية – وعـلى النحو الذي ورد – في حكم العقد الذي يتم بناء عليها وعلى النحو الآتي :

ذهب الجمهور إلى أن العقد صحيح قضاء ولكن الخاطب يكون آثما ديانة .(٢)

وذهب الظاهرية (٣) ، وبعض الحنابلة (٤) ، والمالكية (٥) ، في قول لهم إلى أن العقد باطل .

والـراجح عـلى مانرى هو رأي الجمهور لأن الخطبة ليست عقدا والمخطوبة ليست زوجة للغير .

---

(١) محمـد حسـين الذهـبي ، الأحوال الشخصية بين مذهب اهل السنة و الجعفرية : ص ٣٥-٣٦ ، ويونس البهوتي ، المصدر السابق : ص ١٩٩.

(٢) محمد بن إسماعيل الصنعاني ، المصدر السابق : ص ٢٣ ، وإبن جزي ، المصدر السابق : ص ١٩٩ ، ويونس البهوتي ، المصدر السابق : ص ٨ .

(٣) إن حزم الأندلسي ، المحلى ، المجلد السادس الجزء التاسع : ص ٤٧٨ .

(٤) إبن قدامة المقدسي، المغني ومعه الشرح الكبير : ٧/ ٢٧٨ .

(٥) إبن جزي ، المصدر السابق : ص ١٠٠ ، الإشارة نفسها .

المطلب الثاني

العدول عن الخطبة

نصت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية على أن "الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لاتعتبر عقدا " .

وهذا ما ذهب إليه الفقهاء ، فقد قالوا بأن الخطبة وعد بالزواج وليست عقدا [1] ، وبناء على ذلك ذهب جمهورهم إلى أن لكل من الخاطب والمخطوبة أن يعدل عن الخطبة وينقض وعده ، وذهب بعض فقهاء المذهب المالكي إلى أن الواعد يلزمه الوفاء بوعده ويجبر على ذلك بواسطة القضاء [2] وهذا رأي مرجوح فبما أنه لا يوجد عقد فلا إلزام ولا إلتزام ، ولو ألزم الطرفان أو أحدهما بإتمام عقد الزواج لكان في هذا معنى الإكراه وفقد العقد عنصر الرضا .

وإذا كان أمرا جائزا فإنه قد تترتب عليه عدة أمور لابد من ذكرها وبيان أحكامها وهي التالية :

١-إذا قام الخاطب بعد تمام الخطبة بتقديم المهركلا أوبعضا للمخطوبة ثم حصل العدول ، فما الحكم بشأن هذا المهر ؟

٢-إذا قام الخاطب بتقديم الهدايا للمخطوبة ، أو قامت هي بتقديم هدايا للخاطب ثم حصل العدول فما الحكم بصدد هذه الهدايا ؟

---

(١) إبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٥٢٣/٧ وفيه ولايكره للولي الرجوع عن الإجابة إذا رأى المصلحة لها في ذلك لأن الحق لها وهو نائب عنها في النظر لها ولا يكره لها الرجوع الذي المصلحة فيه كما لو ساوم في بيع دارها ثم تبين له المصلحة في تركها . ولا يكره لها الرجوع أيضا إذا كرهت الخاطب لأنه عقد عمري يدوم الضرر فيه ... وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من إخلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم لأن الحق بعد لم يلزمهما . وأيضا جلال الدين السيوطي ، الحاوي للفتاوى : ١٨٧/١ وفيه " هل الخطبة عقد شرعي ؟ وهل هو جائز من الجانبين أم لا ؟ ... الظاهر أن الخطبة ليس بعقد شرعي وإن تخيل كونها عقدا فليس بلازم بل جائز من الجانبين قطعا .

(٢) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٧٦ .

٣-إذا ترتب على العدول أضرار مادية ومعنوية فهل يحق للطرف المتضرر مطالبة المسؤول عنها بالتعويض ؟

وسنجيب عن هذه الأسئلة فيما يأتي :

(١) حكم المهر :

إذا قدم الخاطب لخطيبته أو لمن يمثلها المهر كله أو بعضه ثم فسخت الخطوبة كان للخاطب الحق في إسترداد مادفعه بعينه إن كان باقيا ، وأما إذا كان هالكا أو مستهلكا فيجب رد مثله إن كان مثليا ، وقيمته إن كان قيميا ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون العدول قد حصل من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة ، ذلك لأن المهر أثر من آثارعقد الزواج وحيث لا عقد فلا أثر .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة من قانون الأحوال الشخصية على أنه : " إذا سلم الخاطب إلى مخطوبته قبل العقد مالا محسوبا على المهر ثم عدل أحد الطرفين عن إجراء العقد أو مات أحدهما فيمكن إسترداد ما سلم عينا وإن أستهلك فبدلا " .

(٢) حكم الهدايا :

إختلفت المذاهب الفقهية في حكم الهدايا التي تقدم في فترة الخطوبة ولهم بهذا الصدد آراء على النحو الآتي :

الرأي الأول :

إذا أهدى الخاطب أثناء الخطبة شيئا لخطيبته كهدية ثم عدل عن خطوبته فبإمكانه إسترداد هديته بعينها إذا كانت قائمة ، وبدلها إذا كانت مستهلكة ، مادامت الهدية قدمت من أجل التزوج بها ،وكذلك الحكم فيما لو أهدت المخطوبة شيئا للخاطب ، وهذا ما ذهب إليه فقهاء المذهب الشافعي .[١]

---

(١) سليمان بن عمر البجيرمي ، حاشية البجيرمي على شرح المنهج : ٣/٣٣٠ .

الرأي الثاني :

لايجوز لأي من الخطيبين إسترداد ما أعطاه كهدية سواء كانت قائمة أو مستهلكة وسواء حصل العدول من الخاطب أو المخطوبة ، وهذا مذهب الحنابلة ، ورأيهم هذا مبني علىأنهم لا يجيزون الرجوع في الهبة بعد قبضها [1] ، وكلامنا يتعلق بالهدايا المقبوضة .

الرأي الثالث :

إذا كان العدول من الخاطب فليس له المطالبة بإسترداد ما أهداه للمخطوبة ولو كانت باقية في يدها وذلك لكيلا يجتمع عليها ألمان ، ألم الرجوع ، وألم إسترداد الهدايا وأما إذا كان العدول من المخطوبة فمن حق الخاطب إسترداد ما أهداه بعينها أو بدلها ما لم يكن هنالك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك .

وهذا ما ذهب إليه المالكية [2] في قول لهم ، وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري ، وكذلك قانون الأحوال الشخصية الكويتي في مادته الثانية غير أنها حصرت الهدية القابلة للإرجاع بالهدايا التي لهابقاء أما التي لا بقاء لها فلا ترد .

الرأي الرابع :

إن الهدايا تأخذحكم الهبة ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية وعندهم يجوز الرجوع في الهبة [3] ، لأن الموهوب له يملك الموهوب ملكا غير لازم [4] ، وإستثنوا عدة حالات حيث لم يجيزوا فيها الرجوع عن الهبة وهي :

---

(١) يونس البهوتي ، الروض المربع : ص٣٠٧ .

(٢) محمد بن أحمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢/٢١٩ – ٢٢٠ وذكر بعض شراح قانون الأحوال الشخصية العراقي أن حكم الهديا يجري على هذا المذهب ، غير أن ذلك مخالف لما نص عليه هذا القانون من أن أحكام الهبات في القانون المدني هي التي تطبق بشأن الهدايا ،انظر : الدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز : ص٢٤ .

(٣) علي بن محمد السمناني ،روضة القضاة وطريق النجاة ،تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي : ٢/٥٢٥ وفيه :" الرجوع في الهبة يفتقر إلى قضاء أو رضاء ولايملك الرجوع بمجرد قوله " .

(٤) الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الخامس (الهبة و الشركه ......) ص ١٧٨ .

١- أن يزيد الموهوب زيادة متصلة تؤدي إلى زيادة في قيمة الموهوب .

٢- إذا مات الواهب أو الموهوب له .

٣- إذا أعطى الموهوب له للواهب عوضا .

٤- إذا خرج الموهوب عن ملك الموهوب له ، أي إذا تصرف فيه ببيع أو هبة أوغيرذلك.

٥- إذا هلكت العين الموهوبة في يد الموهوب له .

٦- القرابة المحرمية بين الواهب والموهوب له .

٧- الزوجية القائمة بين الواهب والموهوب له وقت الهبة .[1]

وبناء على هذا الرأي يتمكن الواهب من الخاطبين من إسترداد العين الموهوبة مادامت قائمة غير مستهلكة وفي ملك الخاطب الآخر مالم تتغير صفتها أو شكلها .
وقدأحال المشرع العراقي القاضي إلى قواعد القانون المدني عندما نص في الفقرة الثالثة من المادة التاسعة عشر على أنه : " تسري على الهدايا أحكام الهبة " .

وبالرجوع إلى أحكام الهبة نجد أن القانون المدني في المادة (٦١٢) أجاز الرجوع ونصها :- " الهبات والهدايا التي تقدم في الخطبة من أحد الخطيبين للآخر أو من أجنبي عنهما لأحدهما أو لهما معا ، يجب أن يردها الموهوب له للواهب إذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد مادام الموهوب قائما وممكنا رده بالذات " .

وواضح أن هذه المادة لم تفرق بين ما إذا كان الطرف المتراجع هو الواهب أو الموهوب له ، فجعلت فسخ الخطبة سببا مبيحا للرجوع ،غير أنها علقت جواز الإسترداد بطلب الواهب نفسه وبقاء العين الموهوبة بالذات أما إذا أستهلكت فلا رجوع فيها .[2]

---

(١) الكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ٧/٥٠٢ – ٥٠٥ .

(٢) يراجع الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، المصدر السابق : ص ١٣٦ .

ومع وجود نص صريح كهذا ذكر بعض شراح قانون الأحوال الشخصية بخصوص الهدايا والهبات بعد فسخ الخطبة أنه إذا كان الرجل هو المسؤول عن فسخ الخطبة فإنه لايستعيد من المرأة هداياه لكي لا يجمع عليها ألمان : ألم الرجوع وألم فقدان الأموال ، وهذا يعني أن له ذلك إذا كانت المرأة هي المسؤولة عن فسخ الخطبة ويبني هذا الإتجاه حكمه على أساس المسؤولية التقصيرية .[1]

وحينئذ يكون الأخذ بما ذهب إليه المالكية في قول لهم وهو ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة (١٨).

(٣) حكم الأضرار المترتبة على العدول عن الخطبة :

الخطبة كما عدها قانون الأحوال الشخصية وعد بالزواج وليست عقدا ، وبناء عليه يجوز لكل من الخطيبين الرجوع عن وعده سواء كان رجوعه بسبب أو بدون سبب ، ولا يلزم بإتمام الزواج ، غير أن عدول أحد الطرفين غالبا ما يسبب للطرف الآخر أضرارا مادية أو معنوية ، كأن تقوم المخطوبة بإعداد جهازها ، أو أن تترك عملها أو دراستها بناء على طلب الخاطب أو بناء على رغبتها إستعدادا لحياة زوجية ترتضيها ، ثم يعدل الخاطب ويعرض عنها ، وقد تطول مدة الخطوبة سنوات عدة مما ستؤدي إلى تفويت فرص كثيرة على المخطوبة للزواج ، وعلاوة على ذلك كله فإن عدول الخاطب غالبا ما يعرضها للأقاويل والإفتراء عليها فتتأذى من جراء ذلك ، ومثل ما تقدم أو قريب منه قد يحصل بالنسبة للخاطب إذا عدلت المخطوبة ، فما حكم هذه الأضرار ؟ وهل يمكن للمتضرر منهما مطالبة الطرف الآخر بالتعويض عما لحقه من ضرر مادي أو معنوي جراء عدوله ؟

الجواب : لم يبحث الفقهاء موضوع العدول عن الخطبة كما ينبغي وما قالوه بهذا الخصوص – في حدود المصادر المتوفرة – أن العدول جائز للطرفين ، إلا إذا كان ذلك العدول بغير مبرر معقول وحينئذ قالوا بكراهة الرجوع لا بتحريمه [2] ، والظاهر من موقفهم هذا أنهم لايرون في العدول تعويضا ، وحتى على رأي الفقهاء القائلين بكون

---

(١) الدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي : ص ٢٤ .

(٢) إبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٥٢٣/٧ .

الوعد ملزما فإن الإلزام يقتصر على إتمام الزواج . ولعل للأوضاع الإجتماعية السائدة آنذاك دورها في عدم إكتراث الفقهاء سواء ببحث مسألة العدول عن الخطبة ، أو في تقرير تعويض على من يتراجع عنها ، لأن الخطبة في عصرهم لم تكن ترتقي في أهميتها إلى مستواها الحالي من حيث الإشتهار وصرف النفقات ، ولا يستبعد أن يكون سكوتهم بسبب تردد هذا الموضوع بين قواعد مختلفة يصعب ترجيح أحداها على الأخرى وعلى النحو الذي يأتي .

وإذا قطعنا النظر عما قيل نجد أن هنالك قاعدتين تتجاذبان من حيث الأضرار الناجمة عن العدول عن الخطبة . وهما :-

القاعدة الأولى : " الجواز الشرعي ينافي الضمان "[1] ، ومعناها أن الشرع (أو القانون) إذا أجاز وقوع فعل من شخص وترتب على ذلك ضرر فلا ضمان على الفاعل لأنه قام بفعل مباح .[2]

وبناء على هذه القاعدة لا مسؤولية على من عدل عن الخطبة مادام العدول جائزا ولا يحكم عليه بتعويض ما ينشأ عن عدوله من ضرر مادي أو معنوي .

القاعدة الثانية : لاضرر ولاضرار .

ومعناها أنه لايجوز إلحاق الضرر بالآخرين إبتداء كما لايجوز مقابلة الضرر بالضرر .[3]

وتحريم إلحاق الضرر بالغير يستلزم وجوب رفعه إذا وقع ولذلك عدت هذه القاعدة أساسا لجملة من القواعد الكلية الواردة بشأن رفع الضرر ، كما أنها عدت أساسا لمنع التعسف في إستخدام الحق ، فالعدول وإن كان حقا إلا أن إساءة إستخدامه تستوجب المسائلة ، وعليه فإن ترتب على العدول ضرر مادي أو أدبي فمن حق الطرف المتضرر المطالبة بالتعويض ،ولقد تأرجح القضاء بين هاتين القاعدتين إلى أن إستقر على الرأي الآتي :-

---

(١) الدكتور محيي هلال السرحان ، القواعد الفقهية ودورها في أثراء التشريعات الحديثة : ص٥٢ .

(٢) المصدر السابق ، الإشارة نفسها ، و منير القاضي ، ملتقى البحرين : ص١٦ .

(٣) الدكتور محيي هلال السرحان ، المصدر السابق : ص٥٣ .

١. الخطبة ليست بعقد ملزم .

٢. مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض .

٣. إذا إقترن بالعدول أفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد الخاطبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية .[١]

والذي نراه أن القضاء لو ذهب إلى فرض التعويض للمتضرر في مجرد العدول لكان مصيبا في حكمه هذا ، والأدلة على ذلك :

١- إن العدول بمجرده لايخلو من ضرر مادي أو معنوي خاصة في الوقت الحاضر حيث يرقى إهتمام الناس بالخطبة إلى مستوى إهتمامهم بالعقد بل وأكثر وكلما كان الإهتمام أكثر كان الضرر في العدول أشد وأكبر ، ومتى وقع الضرر فإنه تجب إزالته وطريق إزالته هو التعويض وهذا ماتقضي به قاعدة لاضرر ولا ضرار.

٢- إن قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) لا تمنع التعويض في مثل موضوعنا ، فالفقهاء رغم إتفاقهم على كون الطلاق حقا للزوج فإن أكثرهم ذهب إلى فرض تعويض عليه يعطى لزوجته إذا طلقها [٢] ، وسموا هذا التعويض (المتعة) . وقالوا بصراحة : إن المتعة تعويض لها على ما لحقها من ضرر معنوي جراء الطلاق .[٣]

٣- إن عدم كون الخطبة عقدا يقضي بعدم إلزام أي من الخطيبين بإتمام الزواج ، ولا يعني إعفاء المتراجع من التعويض ، فإذا كنا لا نلزم أحدا منهما بإتمام الزواج لعدم وجود عقد يفرض ذلك ، فإن جبر الضرر الواقع حل وسط بين الإلزام والإهمال .

---

(١) الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط :٨٣٠/١ .

(٢) ينظر مثلا : إبن حزم الأندلسي ، المحلى : ٢٧٩/١٠ وهذا التعويض عند بعضهم يعطى لكل مطلقة سواء التي تستحق المهر أو لا تستحق .

(٣) إبن كثير ، تفسير القرآن العظيم : ٢٧٩/١ وفيه : " أن الطلاق كان إنكسارا لقلب المرأة ولهذا أمر تعالى بإمتاعها وهو تعويضها عما فاتها بشيء تعطاه من زوجها " .

٤- إن إعتبار العدول أمرا جائزا لم يمنع القضاء والقانون من مراعاة الضرر المادي - وعلى النحو الذي تقدم بخصوص الهدايا - ومراعاة الضرر المعنوي أولى والإثنان أثران للعدول عن الخطبة فالإلزام بالتعويض في الأول دون الثاني تفريق بين متماثلين وهو غير جائز .

٥- إن غض النظر عن الأضرار الناجمة عن مجرد العدول يفتح الباب لحالة لها خطورتها في المجتمع وفرض التعويض فيها يمنعها أو يقلل منها ، ويمكن التمسك هنا بسد الذرائع الذي هو مصدر من مصادر الشريعة الإسلامية ، فكم من أمور مباحة بحسب الأصل منعت لكونها تؤدي إلى نتائج سيئة ، ومانقصده بالمنع هنا هو فرض التعويض وليس الإلزام بإتمام الزواج لأن ذلك يقلل من حالة العدول على أقل تقدير .



الفصل الثاني
أركان العقد وشُروطُهُ

قبل بيان أركان عقد الزواج وشروطه نتكلم بإيجاز عن تعريف عقد الزواج والحكمة من تشريعه وتعدد الزوجات .

أولا : تعريف عقد الزواج :

الزواج في اللغة : إقتران أحد الشيئين بالآخر وإزدواجها أي صيرورتهما زوجا بعد أن كان كل منهما منفصلا عن الآخر.

ومن ذلك قوله تعالى " وإذا النفوس زوجت " [١] ، أي قرن كل فرد بقرينه .

وفي الإصطلاح : عرف قانون الأحوال الشخصية العراقي الزواج في المادة الثالثة كالآتي :

" الزواج عقد بين رجل وإمرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل ".

وبهذا التعريف أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري في مادته الأولى ، و به أخذ قانون الأحوال الشخصية للمملكة المغربية .[٢]

وإذا رجعنا إلى كتب الفقه الإسلامي نجد أن للفقهاء تعريفات كثيرة تختلف من حيث العبارة وتتقارب من حيث المضمون أرجعها البعض إلى التعريف الآتي :

" الزواج عقد وضعه الشارع ليفيد حل إستمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر على الوجه المشروع " .[٣]

وتعريف قانون الأحوال الشخصية أدق من تعريفات الفقهاء ذلك لأنه يعين الحياة المشتركة والنسل كغاية للعقد بدلا من حل الإستمتاع ونحو ذلك مما يرد في تعريفات الفقهاء

---

(١) سورة التكوير :آية ٧ .

(٢) وعرفه قانون الأحوال الشخصية الكويتي بأنه " عقد بين رجل وإمرأة تحل له شرعا " دون النص على باقي التعريف .

(٣) محمد حسين الذهبي ،الأحوال الشخصية بين مذهب اهل السنة والجعفرية : ص ١٨ .

بصورة مطردة ، إذ أن ما يحدده الفقهاء بعض من تلك الغاية المشار إليها [1]، فالمتعة وإن كانت مقصودة في الزواج إلا أن القصد فيها يتجه أكثر نحو الحياة المشتركة والتناسل .

وهناك أمور تستخلص من التعريف القانوني لها أهمية كبيرة نذكرها فيمايأتي :

١. إن عقد الزواج شأنه شأن باقي العقود له صفته المدنية ولايحتاج الأمر فيه إلى طقوس دينية أو مكان ورجل معينين، فمتى توافرت شروطه أنتجت آثاره كاملة .
٢. إن الزواج المقصود عقد بين رجل وإمرأة حصرا .
٣. إن هذا العقد شرع ليكون دائميا فهو غير قابل للتوقيت مادامت الحياة المشتركة غاية له .
٤. إن عقدا يكون هذا شأنه لابد أن تتوافر فيه عناصر الرضا [2] وإلايكون غير صحيح .

ثانيا : الحكمة من تشريع الزواج :

إن في الزواج تلبية لدواعي الطبع بإشباع الغريزة الجنسية، وإستجابة لمقتضى العقل ببقاء النسل وإستمرار الخلف [3]، كما أن في الزواج منحا للسكينة والإطمئنان لكلا الزوجين يقول تعالى :

" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ".[4]

وقال تعالى :

" والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة " .[5]

وإذا كان عقد الزواج هذا شأنه فإنه من الطبيعي أن يفتح بابه ليمنح الإنسان الراحة والنسل والسكينة ، لذا فإن الحكمة التي نقصدها لاتكمن في السماح بالزواج الذي هو ضرورة إنسانية بل الحكمة تكمن في تشريعه على النحو الذي جاءت به الشريعة الإسلامية بأن جعلته عقدا بين رجل وإمرأة حصرا ليؤتي ثماره في إنجاب أولاد

---

(١) ومن تلك التعريفات " أن الزواج عقد يرد على ملك المتعة قصدا " ، راجع مثلا الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية : ٢٦٧/١ .

(٢) راجع الدكتور عبدالرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري : ٧٨/١-٧٩.

(٣) الدكتور أحمد علي وآخرون ، شرح قانون الأحوال الشخصية : ص٢٢-٢٣ .

(٤) سورة الروم : آية ٢١ .

(٥) سورة النحل : آية ٧٢ .

يعـــرفون إنـــتماءهم لوالديهـــم ، وبـــأن جعلته دائميا لكي يستمر العطاء والتناسل وينشأ الأولاد في ظـــل والديهـــم ويتربوا تحت أيديهم فتتكون بذلك أسرة راسخة البنيان تساهم في تطويـــر المجـــتمع لا في هدمـــه ، وبهـــذه الديمومـــة للعقد يتميز الزواج عن العلاقات العارضـــة ، وكذلـــك الحكمـــة تكمن في أن حددت الشريعة حقوق و واجبات كل من الـــزوجين ولم يـــتركها للأفـــراد يوزعهـــا كل منهم كما يروق له ويتماشى مع مصلحته الذاتية فيظلم بذلك غيره .

ثالثا : تعـــدد الزوجـــات :

لم تجـــز الشـــريعة الإسلامية تعدد الزوجات بصورة مطلقة بل أجازته بشروط خاصة ولحـــالات معيـــنه تقتضيها الطبيعة البشرية وحاجات المجتمع الإنساني ، ويفهم من مجموع النصـــوص الـــواردة بشـــأن تعدد الزوجات أن الأصل هو الإقتصار على زوجة واحدة ، وأن جـــواز الـــتعدد تشـــريع إستثنائي لايجوز اللجوء إليه إلا عند الحاجة الملحة [1] ، فقد قيد الشارع الحكيم جواز التعدد بالعدل بين الزوجات بقوله :

" فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة " [2]

وهـــذا يعـــني أن مـــن لم يأمن على نفسه الوقوع في الظلم إذا تزوج بأكثر من واحدة فـــلا يحـــل له شرعا الإقدام على الزواج بأكثر من واحدة لما فيه من خراب البيوت وفساد الأســـر ، والعـــدل الـــوارد في الآيـــة يقصد به التسوية بين الزوجات في النفقة والمبيت ، وحسن المعاشرة وسائر الأمور الظاهرة .

وقـــال تعـــالى في آيـــة أخرى " ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة " . [3]

جـــاءت هـــذه الآيـــة لتقييد العدل الوارد في الآية الأولى بالعدل في الأمور الظاهرة ، وإخـــراج المـــيل القلبي ذلك لأن الميول القلبية لا تخضع للتوجيه الإرادي للإنسان ، فلو لم تخـــرج هـــذه الآية الميل القلبي لكانت الآية الأولى تعني منع الزواج بأكثر من واحدة لأن العدل في كل الأمور الظاهرة والوجدانية أمر صعب بل هو ضرب من المستحيل .

(١) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ١٩٣ .

(٢) سورة النساء : آية ٣ .

(٣) سورة النساء : آية ١٢٩ .

إن منع التعدد بإطلاق مجانبة للصواب ولا تؤيده التجربة الإنسانية على مر العصور ، ولم يفلت منها مجتمع من المجتمعات الإنسانية ، يقول شوبنهاور : ولقد أصاب الشرقيون مرة أخرى في تقريرهم لمبدأ تعدد الزوجات لأنه مبدأ تحتمه وتبرره الإنسانية ، والعجيب أن الأوروبيين في الوقت الذي يستنكرون فيه هذا المبدأ يتبعونه عمليا فما أحسب أن بينهم من ينفذ مبدأ الزوجة الواحدة على وجهه الصحيح .[1]

ويقول جوستاف لوبون : " إن تعدد الزوجات المشروع عند الشرقيين أحسن من تعدد الزوجات الريائي عند الأوروبيين ومايتبعه من مواكب أولاد غير شرعيين " .[2]

وجريا على الموقف المذكور للشريعة الإسلامية بشأن تعدد الزوجات أجاز المشرع العراقي الزواج بأكثر من واحدة بإذن القاضي وبشروط معينة ، فقد نصت الفقرات الأربع الأخيرة للمادة الثالثة على مايأتي :-

"٤- لايجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي و يشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين التاليين :-

أ- أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة .

ب-أن تكون هناك مصلحة مشروعة .

٥- إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي .

٦- كل من أجرى عقدا بالزواج بأكثر من واحدة خلافا لما ذكر في الفقرتين (٤و٥) يعاقب بالحبس مدة لاتزيدعلى سنة أو بالغرامة بما لايزيد على مئة دينار أو بهما .[3]

٧- إستثناء من أحكام الفقرتين (٤و٥) من هذه المادة يجوز الزواج بأكثر من واحدة إذا

---

(١) مقالات الكوثري : ص ٢٢٢ نقلا عن الدكتور أحمد علي وآخرون ، المصدر السابق : ص٥١ .

(٢) المصدرين السابقين ، الإشارة نفسها.

(٣) تم تعديل هذه الفقرة والتي تليها بموجب قرار رقم ٦٢ الصادر من رئاسة إقليم كردستان العراق بتأريخ ٢٠٠٠/٤/٢٩ فأصبحت الفقرة (٦) كالآتي : "كل من أجرى عقدا بالزواج بأكثر من واحده خلافا لما ذكر في الفقرتين (٤) و (٥) يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار " وأصبحت الفقرة (٧) كالآتي : " إستثناء من أحكام الفقرتين (٤) و (٥) من هذه المادة يجوز الزواج بأكثر من واحدة إذا كان المراد من الزواج لأسباب صحية أو بسبب عدم الإنجاب " .

كان المراد الزواج بها أرملة ."[1]

أوجب المشرع العراقي إستحصال إذن القاضي للزواج بأكثر من واحدة وأجاز للقاضي إعطاء الإذن بالشرطين التاليين :-

١. أن تكون للزوج مقدرة مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة وذلك بوسائل الإثبات كافة منها إبراز تأييد من مرجعه حول دخله أو الإستفسار من غرفة التجارة أو ضريبة الدخل أو تقديم مستندات التسجيل العقاري .[2]

٢. أن تكون هنالك مصلحة مشروعة تدعو للزواج بزوجة ثانية ،كأن تكون الزوجة الحالية مريضة لاتستطيع أداء واجباتها الزوجية ، أو بأن كانت عقيمة أو مزالة الرحم ، أو كانت محكومة بالمطاوعة أو النشوز ، أو انها قد تركت زوجها ، أو كان الزوج في بيئة زراعية وكان بحاجة إلى أكثر من زوجة لإعانته على أداء واجباته .

وبوجه عام فإن محكمة الموضوع تقدر المصلحة المشروعة ثم تحيل الأوراق إلى نائب المدعي العام لبيان مطالعته .[3]

وإذا حضرت الزوجة الحالية وأبدت موافقتها على زواج زوجها بإمرأة أخرى دون إكراه عليها وكان للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة هنا تستطيع المحكمة إصدار الإذن بالزواج .

وبموجب الفقرة الخامسة يجب على القاضي أن يأخذ بنظر الإعتبار إمكانية العدل بين الزوجات من قبل طالب الإذن بالتعدد والإ لم يأذن بالزواج ، وتقدير إمكان العدل بين الزوجات وعدم إمكانه متروك للقاضي .

وبما أن العقوبة المنصوص عليها جاءت بلفظ (كل) وهي من الفاظ العموم ، فإنها تشمل العاقد ، واطراف العقد ، والشهود ، ومحاكم الجزاء هي التي تتولى تحديد المسؤولية وتعيين المخالف والمقصر .

(١) وعدلت هذه الفقرة بموجب القرار المذكور وعلى النحو الوارد في الهامش السابق .

(٢) عبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص ١٣ .

(٣) المصدر السابق ، الإشارة نفسها .

(٤) الدكتور أحمد الكبيسي ، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون : ١/١١٤-١١٥ .

تضمنت الفقرة السابعة إستثناء من حكم الفقرتين (٤ ، ٥) وهي الزواج بأرملة ، فإذا كانت المرأة الثانية المراد التزوج بها أرملة فإن أحكام الفقرتين (٤،٥) لاتطبق بشأن من يريد التزوج بثانية .

المبحث الأول

أركان وشروط عقد الزواج

نصت المادة الرابعة على انه :

" ينعقد الزواج بإيجاب _ يفيده لغة أو عرفا _ من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه " .[١]

جمع المشرع في هذه المادة أركان عقد الزواج حينما حددها بالإيجاب والقبول لأنهما يستلزمان وجود عاقدين ، و وجود عاقدين يستلزم وجود معقود عليه ، وهذا مسلك فقهاء الحنفية حينما يقتصرون في تحديد أركان عقد الزواج على ذكر الإيجاب والقبول دون التصريح بالعاقدين والمعقود عليه [٢] كما هو متبع من قبل جمهور الفقهاء .[٣]

---

(١) أضيفت إلى هذه المادة وبموجب قرار رئاسة أقليم كردستان رقم ٦٢ في ٢٠٠٠/٤/٢٩ مايأتي:
" إذا كان أحدهما غائبا عن المنطقة وبشرط تصديق الوكالة من كاتب عدل محل إقامة الموكل وتأييدها من قبل ممثل حكومة إقليم كردستان في تلك الدولة " .

(٢) المرغيناني ، الهداية : ٢٨٩/٢ .

(٣) قال الشافعية أركان العقد خمسة وهي : الصيغة والزوجة ، والشاهدان ، والزوج ، والولي ،وقال الحنابلة أنها ثلاثة وهي :الزوجان الخاليان من الموانع ، والإيجاب الصادر من الولي أو من يقوم مقامه ، والقبول الصادر من الزوج أو من يقوم مقامه، وقال المالكية أنها خمسة وهي : الزوج ،الزوجة ، والولي ، والصداق ، والصيغة ، وقال الجعفرية في النكاح المنقطع أركانه هي : الصيغة ، والمحل ، والأجل ،والمهر أنظر للمذاهب المذكوره وحسب التسلسل الوارد ، محمد الشربيني ، مغني المحتاج ، ١٣٩/٣ و يونس البهوتي ، الروض المربع : ص٣٤٥ ، وإبن جزي ،القوانين الفقهية : ص٢٠٠ ، والمحقق الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام : ٢٢٥/٢ .

هـذا مـا يخص أركان العقد ، أما الشروط التي يجب توافرها في العقد فقد جاءت في الفقرة الأولى من المادة السادسة وعلى النحو الآتي :

"١_ لاينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطا من شروط الإنعقاد أو الصحة المبينة فيما يأتي :-

ا_ إتحاد مجلس الإيجاب والقبول .

ب- سماع كل من العاقدين كلام الآخر وإستيعابهما بأن المقصود منه عقد الزواج .

ج- موافقة القبول للإيجاب .

د- شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج .

هـ- أن يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير محققة . "

إنتقد بعض الشراح هذه المادة من زاويتين :

أولاهما : أنها لم تكن موفقة في تغطية الشروط الشرعية لعقد الزواج .

ثانيـتهما : أنها سوت بين شروط الإنعقاد وشروط الصحة فإعتبرت العقد باطلا إذا تخلف شـرط مـن شـروط أي مـنهما ، مع أن هذا غير صحيح ، لأن تخلف شرط من شروط الإنعقـاد يـؤدي إلى بطلان العقد أما تخلف شرط من شروط الصحة فإنه يؤدي إلى فساد العقد لا بطلانه [١] .

أقسام عقد الزواج وشروطه

قسم المحققون من فقهاء الحنفية العقد إلى خمسة أقسام وهي :

العقـد الموقـوف ، والعقد النافذ اللازم ، والعقد النافذ غيراللازم ، والعقد الفاسد ، والعقـد الباطل " [٢] وقد جاء هذا التقسيم وبوجه خاص الباطل والفاسد منه على أساس التفريق بين الركن والشرط .

فالـركن هـو مايـتوقف علـيه وجود الشئ وكان داخلا في ماهيته ، والشرط هوما يـتوقف علـيه وجـود الشئ وكان خارجا عن ماهيته [٣]، فإذا حصل الخلل في ركن من أركان العقد أو في شـرط من الشروط الخاصة بتلك الأركان كان العقد باطلا عندهم ،

---

(١) الدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية : ص ٤١ .

(٢) الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد : ص ٣١١ .

(٣) الدكتور عبدالكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه : ص ٥٩ .

فالإيجاب والقبول من أركان العقد ومن شروطه (مثلا) إتحاد مجلس الإيجاب والقبول فإذا تخلف هذا الشرط بطل العقد لأنه شرط يخص ركنا من الأركان ، وإذا حصل الخلل في شرط من الشروط التي لاتخص الأركان كان العقد فاسدا ، فالشهادة ليست ركنا في العقد لذلك لايبطل العقد بإنعدامها بل يكون فاسدا .

فالعقد الفاسد يقع موقعا وسطا بين العقد الباطل والعقد الصحيح [1] فالعقد الصحيح هوما كان صحيحا بأصله (أركانه) ووصفه (أي شروط تلك الأركان) والعقد الباطل ماكان غير صحيح لابأصله ولا بوصفه ، والعقد الفاسد هو ماكان صحيحا بأصله لابوصفه .

أما جمهور الفقهاء فإنهم لايفرقون بين العقد الباطل والعقد الفاسد ويعتبرونهما لفظين مترادفين [2] وذلك من الناحية النظرية ، أما الناظر في تطبيقاتهم الفقهية فيجدهم يفرقون بين العقود غير الصحيحة فيرتبون أحكاما على بعضها دون البعض الآخر فمثلا الزواج من إمرأة متزوجة من رجل آخر مع بطلانه عندهم يرتبون عليه النسب والعدة . [3]

والمتأمل في موقف جمهور الفقهاء القائلين بوحدة البطلان والفساد يجد أن تفرقتهم المشار إليها بشأن العقود غير الصحيحة جاءت على أساس أن بطلان أي عقد من العقود إذا كان محل إتفاقهم لم يرتبوا عليه أثرا ، وماكان منها محل إختلاف بينهم رتبوا عليه بعض الآثار . [4]

وإذا نظرنا إلى الشروط التي ذكرها الحنفية للإنعقاد والصحة وما يترتب عليهما من بطلان وفساد نجد أنها لاتخرج في واقع الأمر عن الأساس المشار إليه ، ومادام الجميع يفرقون بين

---

(١) الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، المصدر السابق الإشارة نفسها .

(٢) المصدر السابق الإشارة نفسها ، والدكتور وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته : ٦٥٨٧/٩ .

(٣) ينظر مثلا : إبن قدامة ، المغني والشرح الكبير : ٣٤٤/٧ – ٣٤٥ وزكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٩٩ .

(٤) أرجع الدكتور عبدالكريم زيدان ، إختلاف الفقهاء في الباطل والفاسد إلى أمرين هما : أولا : إختلاف الفقهاء في النهي هل يقتضي فساد المنهي عنه أم لا ؟ وثانيا :إختلافهم في توجه النهي إلى أصل العقد هل هو كالنهي المتوجه إلى وصف من أوصافه ؟ انظر له الوجيز في أصول الفقه : ص ٦٨ .

العقود غير الصحيحة من الناحية العملية فمن الصواب أن يسمى كل واحد منهما (أي الباطل والفاسد) بإسم خاص حتى يتم التمييز بين النوعين كما سار عليه المحققون من الحنفية .[1]

وحيث لم يفرق الجمهور بين العقد الباطل والعقد الفاسد فإنه قد أصبح لديهم أربعة أقسام من العقود وهي :

العقد الموقوف ، والعقد النافذ اللازم ، والعقد النافذ غيراللازم ، والعقد الباطل أو الفاسد .[2]

وبالرغم من أن هذا التقسيم الرباعي ينسب إلى الجمهور إلا أن الشافعية والحنابلة يذكرون ثلاثة أقسام للعقد وهي :

العقد اللازم والعقد غير اللازم والعقد الفاسد أو الباطل .

ويلاحظ أن كثيرا مما هو شرط نفاذ عند الحنفية والمالكية يعد شرط صحة عند الشافعية والحنابلة كعقد الصبي المميز وعقد الفضولي .[3]

وبعد أن إستعرضنا أقسام العقد عند الفقهاء نذكر فيما يأتي أقسام شروط عقد الزواج طبقا لتقسيم الحنفية لكونه التقسيم الأوسع للشروط إضافة إلى أخذ القضاء بكثير من أحكام شروط هذا التقسيم ، والشروط هي :

١. شروط الإنعقاد .
٢. شروط الصحة .
٣. شروط النفاذ .
٤. شروط اللزوم .

وسنتكلم عن كل قسم من هذه الأقسام في مطلب مستقل و كالآتي :-

---

(١) زكي الدين شعبان ، المصدر السابق ، الإشارة نفسها .
(٢) الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد : ص ٣١١ .
(٣) الدكتور وهبه الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته : ٩/٦٥٧٤ – ٦٥٧٧ ، ٦٥٨٦ .

المطلب الأول

شروط الإنعقاد

يقصد بشروط الإنعقاد الشروط التي يجب توفرها في أركان العقد بحيث لو تخلف شرط منها لم يكن للعقد وجود شرعا ،وبالتالي لم يكن له أثر ويسمى حينئذ بالعقد الباطل ، العقد الباطل هو الذى حصل خلل في ركن من أركانه أو في شرط من الشروط التي تقوم عليها تلك الأركان .

ولقد سبق بيان أن فقهاء الحنفية وعلى أثرهم المشرع العراقي قد حددوا أركان العقد بالإيجاب والقبول وقلنا بأن هذين يستلزمان وجود عاقدين ومعقود عليه ، وبهذا يتبين أن أركان العقد ثلاثة وهي :-

العاقدان ، والمعقود عليه ، وصيغة الإيجاب والقبول ، وفيمايأتي بيان شروط كل ركن من هذه الأركان .

<u>أولا : الشروط التي يجب توافرها في العاقدين .</u>

١. أن يكون كل واحد منهما أهلا لمباشرة العقد سواء أكان يعقد الزواج لنفسه أم لغيره بأن كان وليا أو وكيلا وهذه الأهلية تتحقق بالتمييز [1] فعقد المجنون وغير المميز باطل ويلحق بالمجنون فاقد الوعي .
٢. أن تتحقق الإباحة بين الطرفين بأن لايكون أحدهما محرما للآخر تحريما قطعيا ، والتحريم القطعي هو التحريم الذي لاشبهة فيه ولاخلاف بين الفقهاء .[2]

ويندرج ضمن هذا الشرط أيضا كون الزوج مسلما إذا كانت الزوجة مسلمة فإذا تزوجت مسلمة من غير المسلم يكون العقد باطلا .[3]

---

(١) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص١٠٠ .

(٢) الدكتور أحمد علي وآخرون ، شرح قانون الأحوال الشخصية : ص٣٢ .

(٣) ذكر بعض الشراح (إسلام الزوج حالة كون الزوجة مسلمة) كشرط مستقل من شروط الإنعقاد غير أنا نرى أن هذا الشرط يندرج ضمن ماسبق ذكره من تحقق الإباحة بين الطرفين ينظر : الدكتور إبراهيم عبدالرحمان إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية : ص٢٧.



٣. أن يكون كل واحد من الزوجين معروفا معلوما ، فإن كانا مجهولين أو أحدهما كان العقد باطلا .[1]

٤. أن يرضى العاقدان بالزواج [2] ، فالعقد مع الإكراه باطل عند المشرع العراقي إذا لم يتم الدخول [3] .

٥. أن يسمع كل من العاقدين كلام الآخر ويفهما أن المقصود منه إنشاء عقد الزواج وهذا الفهم مطلوب أيضا إذا كانت الصيغة صيغة كتابة أو اشارة .

٦. أن يكون العاقد متعددا .

الأصل في العقود ومنها عقد الزواج أن يتولاها إثنان سواء أكانا اصيلين ، أووليين ، أو وكيلين أو أحدهما أصيلا عن نفسه والآخر وليا أو وكيلا عن غيره ، أو أحدهما وليا على غيره والآخر وكيلا عن غيره ، ففي هذه الصور ينعقد العقد بإتفاق الفقهاء ، ولكن قد يتولى الصيغة عاقد واحد يمثل الطرفين على النحو الآتي :

أ_ أن يكون العاقد وليا على الزوجين كرجل يزوج إبنة أخيه الصغيرة من إبن أخيه الصغير وهمـــا تحت ولايته .

ب- أن يكون العاقد وكيلا عن الزوجين .

ج- أن يكون أصيلا من جانب و وليا من جانب آخر كمن يزوج نفسه من بنت عمه الصغيرة التي في ولايته .

ء- أن يكون العاقد أصيلا من جانب و وكيلا من جانب آخر كمن يزوج نفسه من إمرأة وكلته أن يتزوجها .

هـــ- أن يكون العاقد وليا من جانب و وكيلا من جانب آخر ،كمن زوج بنت أخيه التي في ولايته برجل وكله أن يزوجه منها .

---

(١) الدكتور إبراهيم عبدالرحمان إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية : ص ٢٨ .

(٢) يذهب الحنفية إلى أن الزواج مع الإكراه صحيح نافذ تترتب عليه جميع الآثار الشرعية وذهب جمهور الفقهاء إلى أن العقد باطل ، انظر : زكي‌الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ١٢٣ .

(٣) وهذا مانصت عليه الفقرة الأولى من المادة التاسعة من قانون الأحوال الشخصية .

إختلف الفقهاء في هذه المسائل ، فذهب الجمهور إلى أن الزواج منعقد لأن للعاقد صفة شرعية ،وذهب الشافعي وزفر من فقهاء الحنفية إلى أن العقد باطل ، لأن الزواج لا ينعقد إلا بإرادتين إحداهما موجبة والثانية قابلة ولا يمكن قيامهما بشخص واحد في حال واحدة .[١]

وإستثنى الشافعي حالة واحدة فقط وهي أن يزوج الجد بنت إبنه الصغيرة من إبن إبنه الصغير (أي الإبن الآخر) .

وقد أخذ القضاء بالرأي الثاني حيث لم يجز أن يتولى شخص واحد عقد الزواج عن الزوجين معا وإن كان وليا على أحدهما لوجوب وجود شخص موجب وآخر قابل للإيجاب ، ويكون العقد المذكور باطلا .[٢]

ثانيا : شروط صيغة العقد " الإيجاب والقبول " .

صيغة العقد هي الوسيلة التى يعبربها عن إرادة إنشاء عقد الزواج لذلك يشترط فيها أن تكون صحيحة ، ولاتكون صحيحة إلا إذا كانت واضحة ومفهومة وسليمة عن كل ما يحدث غموضا وإلتباسا في الفهم .

وسنتكلم عن صيغة العقد (الإيجاب والقبول) من الأوجه الآتية :-

١. المقصود بالإيجاب والقبول .
٢. صيغ الإيجاب والقبول .
٣. شروط في الإيجاب والقبول .

المقصود بالإيجاب والقبول :

الإيجاب هو مايصدر أولا من أحد العاقدين للدلالة على إرادته في إنشاء العقد .

والقبول هو مايصدر ثانيا من العاقد الآخر للدلالة على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول .

---

(١) الدكتور أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان ما عليه العمل في محاكم الكويت : ص٤٣-٤٤ ، وأيضا الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ٢٣١/٢ .

(٢) إبراهيم المشاهدي ، المباديء القانونية في قضاء محكمة التمييز ، قسم الأحوال الشخصية : ص ١٥٨.

فالعبرة في تمييز الإيجاب والقبول هو الصدور أولا وعدمه بقطع النظر عمن صدر منه أهو الزوج أو الزوجة أو من يقوم مقامهما من ولي أو وكيل .[1]

صيغ الإيجاب والقبول :

الصيغة اللفظية هي الأصل في التعبير عن الإرادة [2] إلا أنه عند تعذرها يمكن إتخاذ الكتابة أو الإشارة للتعبير عن الإرادة في إنشاء عقد الزواج ، وسنتكلم عن هذه الصيغ فيما يأتي:—

١.الصيغة اللفظية :

إشترط الفقهاء للإيجاب والقبول بالعبارة تحقق أمرين :

أولهما : أن يكون الإيجاب والقبول على صيغة الماضي ،كقول الموجب : زوجتك موكلتي فيقول القابل : قبلت ، ويجوز أن يكون الإيجاب بصيغة المضارع إذا جاء القبول بصيغة الماضي كقول الموجب :أزوجك موكلتي فيقول القابل قبلت ، وكذلك يجوز أن يكون الإيجاب على صيغة الأمر والقبول على صيغة الماضي كقول الموجب زوجني إبنتك ، فقال القابل (الأب) : زوجتكها .

وينعقد الزواج إذا كانت هنالك قرائن دالة على أن المراد من صيغة غير الماضي إنشاء العقد كإحضار الأصدقاء والأقربين إلى مجلس الإيجاب والقبول ، وإحضار الشاهدين عند إجراء العقد ، لأن المنظور إليه هو التراضي بين الطرفين ، فكل لفظ يفيد ذلك دون إحتمال الوعد ينعقد به الزواج .[3]

ثانيهما : أن يكون اللفظ المعبربه عن الإيجاب مشتقا من الألفاظ الصريحة في معنى الزواج لغة أو عرفا ، ولقد أفاض الفقهاء الكلام في المادة التى يشتق منها الإيجاب لا داعي لتفصيل الكلام فيه مادام القانون قد حسم الأمر حينما جاءت المادة الرابعة منه تقول :

---

(١) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٨٧ ، وهذا مذهب الحنفية ، ويرى الجمهور أن الإيجاب هو ماصدر من ولي الزوجة أو من يقوم مقامه ، والقبول مايصدر من الزوج أو من يقوم مقامه .

(٢) زكي‌الدين شعبان ، المصدر السابق : ص٩٢

(٣) الدكتور أحمد الغندور ، المصدر السابق : ص ٤٧ .

" ينعقد الزواج بإيجاب يفيده لغة أو عرفا من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه " .

٢. صيغة الكتابة :

لا ينعقد عقد الزواج بالكتابة بين حاضرين و ينعقد بها بين غائبين كأن يكون أحدهما في بلد والثاني في بلد آخر ويكتب الرجل للمرأة ، تزوجتك ، أو زوجيني نفسك ، فإذا وصلها الكتاب وأحضرت شاهدين وقرأت عليهما الكتاب ، أو أعلمتهما بما فيه ثم قبلت الزواج في المجلس إنعقد عقد الزواج بينهما ، و نصت الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية على أنه : " ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد أن يتزوجها بشرط أن تقرأ الكتاب على الشاهدين أو تسمعهما عبارته وتشهدهما على أنها قبلت الزواج منه " .[1]

٣. صيغة الإشارة :

يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالإشارة المفهومة من الأخرس لعجزه عن النطق والفهم لهذه الإشارة كما هو مطلوب بالنسبة إلى العاقد الآخر فإنه مطلوب أيضا بالنسبة إلى الشهود وبدون ذلك لاينعقد العقد .[2]

وإذا كان العاقد الأخرس قادرا على الكتابة فالرأي الراجح أن زواجه لاينعقد بالإشارة وإنما ينعقد بالكتابة لأن الكتابة أقوى في الدلالة على المراد وأبعد عن الإحتمال من الإشارة فوجب المصير إليها .

٤. صيغة إرسال الرسول :

وهي أن يرسل أحد الطرفين رسولا إلى الطرف الغائب عن المجلس لتبليغ الإيجاب شفهيا فإذا بلغ الطرف الآخر وقبل بحضور شاهدين تم الزواج .

شروط الإيجاب والقبول

يشترط في الإيجاب والقبول ما يأتي :

---

(١) بموجب قرار رئاسة إقليم كردستان رقم ٦٢ في ٢٠٠٠/٤/٢٩ أضيف إلى هذه الفقرة مايأتي :
" على أن يكون الكتاب مصدقا من كاتب عدل محل إقامة طالب الزواج ومؤيدا من ممثل حكومة إقليم كردستان في تلك الدولة " .

(٢) إبن قدامه المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٥٣٤/٦ .

١. إتحاد مجلس الإيجاب والقبول :

ومعنى ذلك أن يكون المجلس الذي حصل فيه القبول هو بعينه المجلس الذي حصل فيه الإيجاب ، والمجلس يعد متحدا إذا لم يخرج الطرف الذي توجه إليه الإيجاب من مجلس العقد أو لم ينصرف عن موضوع البحث إلى موضوع آخر ، أما إذا خرج بعد توجه الإيجاب إليه من المجلس ، أو إنصرف إلى موضوع آخر ، فإن ذلك يعد عدم موافقة منه بحيث لو عاد فوافق لا تعتبر الموافقة قبولا فلا ينعقد العقد ، على أن الموضوع المنصرف إليه من قبل الطرف الذي توجه الإيجاب نحوه إذا كان متصلا بالخطبة والمهر والسكن وسائر المسائل المتعلقة بالزواج فإن ذلك لا يعد إعراضا بحيث لو قال بعدها قبلت تم الزواج .

وبوجه عام فإن ما يعده العرف فاصلا وكلاما لا علاقة له بالزواج فإنه يحول دون إنعقاد العقد .

وتجب الإشارة إلى أن الفورية لا تشترط في القبول فلو تريث القابل قليلا في جوابه فسكت برهة ثم قال بعدها قبلت إنعقد العقد .

٢. موافقة القبول الإيجاب :

ومعنى ذلك أن القبول لابد من أن يوافق الإيجاب فإن خالفه لاينعقد العقد ، والمخالفة المانعة من الإنعقاد هي المخالفة في موضوع العقد ومقدار المهر [(١)] ، غير أن المخالفة إذا كانت في مقدار المهر وتضمنت فائدة وخيرا للموجب فإن الزواج يتم ،فلو قال رجل لإمرأة زوجيني نفسك بمهر قدره ألف دينار فقالت قبلت بمهر قدره خمس مئة دينار إنعقد العقد وسقط عن الزوج ما أسقطته دون حاجة إلى قبول الزوج .

وكذلك ينعقد العقد إذا قالت : تزوجتك على مهر قدره ألف دينار فقال الرجل : قبلت على ألفين ، غير أن المهر الواجب هنا يكون ألف دينار لأن الطرفين تراضيا عليه ، أما الألف الآخر فلا يجب إلا إذا رضيت الزوجة بها في مجلس العقد وقبلتها ، وحينئذ يلزم الزوج ، لأنه حينئذ يكون تمليكا والتمليك يحتاج إلى قبول من المملك له إذ لا يدخل شيء في ملك أحد دون رضاه .[(٢)]

---

(١) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص١٠٢ .

(٢) المصدر السابق ، الإشارة نفسها .

٣. عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول :

الإيجاب غير ملزم للموجب قبل أن يرتبط به القبول فإذا رجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول من العاقد الآخر صح الرجوع وبطل الإيجاب ، وقبول الثاني حينئذ يعد بمثابة إيجاب جديد يحتاج إلى القبول لكي ينعقد العقد ، ويعتبر بمثابة الرجوع عن الإيجاب فقدان أهلية الموجب قبل القبول .

٤. كون صيغة العقد منجزة غير مضافة إلى زمن مستقبل ولا معلقة على شرط غير موجود وقت العقد .

والعقد المضاف إلى زمن مستقبل مثل أن يقول رجل لإمرأة :—
تزوجتك بداية العام القادم ، فقالت قبلت ، وحكمه أنه لاينعقد لا في الحال ولا بحلول الزمن المضاف إليه .

والعقد المعلق على شرط هو أن يعلق العاقد الإيجاب أو القبول على حصول شئ آخر في المستقبل بأداة من أدوات التعليق مثل (إن) و (إذا) كأن يقول رجل لإمرأة تزوجتك إذا حصلت على وظيفة ، فقالت قبلت وهنا لاينعقد العقد، وقد إشترطت الفقرة (هـ) من المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية " أن يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير محققة " .

ثالثا : ما يشترط في المعقود عليه

لعقد الزواج طبيعة خاصة تميزها عن سائر العقود إذ أنه عقد يتعلق بذات الإنسان ومحله ليس مالا والمهر وإن كان ركنا من أركان عقد الزواج عند بعض الفقهاء (١) إلا أنه يعد أثراً من آثار العقد عند فقهاء آخرين كالحنفية (٢) وهوكذلك في قانون الأحوال الشخصية ، ولم يذهب أحد من الفقهاء إلى إعتباره محلا للعقد ، ولقد إختلفوا في تحديد المحل على مذاهب فذهب بعضهم إلى أن المرأة هي محل العقد وذهب بعضهم إلى أن المنفعة المستوفاة من المرأة هي محل العقد وذهب آخرون منهم إلى أن حل كل من

---

(١) إبن جزي ، القوانين الفقهية : ص ٢٠٠

(٢) زكي الدين شعبان ، المصدر السابق : ص ٢٦٠ .

الزوجين للآخر هو محل العقد [1] والذين ذهبوا إلى أن المرأة أو المنفعة المستوفاة منها هي محل العقد إشترطوا في المحل أن تكون محققة الأنوثة لعدم صحة الزواج بالذكر أو الخنثى ، كما إشترطوا فيها أن تكون معلومة غير مجهولة .[2]

وتحديد كون المرأة أو المنفعة المستوفاة منها كمحل للعقد عند الفقهاء موضع نظر لعدم وجود دليل شرعي يؤيد ذلك كما أنه لايوجد أيضا دليل من المعقول يؤيده .

فإذا كانت المرأة محلا للعقد بالنسبة للرجل وتم إشتراط تحقق الأنوثة فيها فما المانع من أن يكون الرجل محلا للعقد بالنسبة إلى المرأة ومن ثم يشترطوا فيه تحقق الرجولة ؟ إذا كانت المنفعة المستوفاة (المتعة) هي المحل في العقد فإن الرجل والمرأة يشتركان فيها ولامبرر لنسبتها إلى المرأة وحدها أو الرجل وحده .

والذين ذهبوا إلى أن حل كل من الزوجين للآخر هو المحل إشترطوا فيه أن لاتكون بينهما حرمة قطعية لاشبهة فيها ولاخلاف بين الفقهاء ، وعلى هذا الرأي يكون شرط " تحقق الإباحة بين الطرفين " [3] والذي سبق ذكره بشأن الشروط التي يجب توفرها في العاقدين هو بعينه يكون شرطا للمعقود عليه .

وهذا الرأي الثالث هو أقرب الآراء إلى القبول ، ولقد مال المشرع العراقي إلى هذا الرأي عندما عرف عقد الزواج بأنه : عقد بين رجل وإمرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل " فالمشرع وإن لم ينص في هذا التعريف على تحديد محل العقد لكن يفهم من قوله " الحياة المشتركة والنسل " أنه يميل إلى إعتبار " حل العيش المشترك والتناسل تبعا لذلك " محلا للعقد لأن العقد يحول الحرمة بين الرجل والمرأة إلى الحل فمحل التأثير في العقد هو الحل .[4]

---

(١) محمد بن أحمد القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن : ٢/ ١٢٩ .

(٢) الدكتور إبراهيم عبدالرحمان إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية : ص ٢٨ ، والدكتور محمد علي الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري : ١/ ٨٥ .

(٣) الدكتور محمد على الصابونى ، المصدر السابق ، الإشارة نفسها .

(٤) لقد عرف الفقهاء وكذا القانون المدني العراقي العقد بأنه " إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر بحيث يثبت أثره في المعقود عليه " .

ويبدو أن المشرع أراد بعبارة: " غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل " القول: بأن المتعة وإن كانت مطلوبة إلا أنها ليست مقصودة بصورة ذاتية بل هي مقصودة قصدا عرضيا ، و أن المقصود الذاتي هو الحياة المشتركة والتناسل .

وإذا كانت الحياة المشتركة محلا للعقد فإنه يشترط فيها أن تكون دائمية وليست مؤقتة ، ولذلك نجد جمهور الفقهاء يقولون ببطلان الزواج المؤقت أو زواج المتعة .

والتناسل وإن كان غاية في العقد إلا أنه من الصعب إعتباره محلا للعقد لأنه لوكان كذلك لكان من الواجب إبطال عقد يكون أحد الزوجين فيه غير قادر على الإنجاب. ونخلص بما تقدم إلى أن الراجح من الآراء هو أن محل العقد عبارة عن (حل المعاشرة بين الزوجين) .

إنعدام شرط من شروط الإنعقاد :

إذا إنعدم شرط من شروط الإنعقاد كان العقد باطلا لا يترتب عليه أثر من آثار عقد الزواج الصحيح ويعتبر كأن لم يكن ، فلا يحل بهذا العقد دخول ولا مهر ولا نفقة ولاعدة ،كما لا يثبت به نسب ولا توارث بين الزوجين ولا أي حق من حقوق الزوجية وواجباتها ما عدا حرمة المصاهرة وتعني :-

تحريم المرأة على أصول الرجل وفروعه وتحريم أصول المرأة وفروعها على الرجل .[١]

وذهب بعض الفقهاء إلى ثبوت المهر بالعقد الباطل فيما إذا لم يعاقب العاقدان بعقوبة الزنا لأن الدخول بناء على رأيهم لا يخلو من حد أو مهر . [٢]

ورغم أن تقسيم العقد غير الصحيح إلى باطل وفاسد هوما سار عليه الحنفية ، إلا أننا نجد جمهور الفقهاء يفرقون بين عقد باطل مختلف في بطلانه وعقد باطل متفق على بطلانه [٣] وأكثر المذاهب وضوحا بهذا الشأن المذهب المالكي الذي فرق بين نوعين من العقد الباطل وعلى النحو الآتي :

---

(١) الدكتور أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي : ص ٧٨ .

(٢) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص١٣٦-١٣٧ .

(٣) ينظر : إبن قدامة المقدسي ، المغني و الشرح الكبير : ٧ / ٣٤٥.

النوع الأول : عقد باطل إتفق الفقهاء على بطلانه كالزواج بإحدى المحرمات من النسب أو الرضاع أو المصاهرة .

النوع الثاني : عقد إختلف الفقهاء في بطلانه ، فأوجبوا المهر بالدخول في النوعين ، وكذلك ألحقوا نسب الأولاد بالرجل إذا كان العقد الباطل عندهم مختلفا في بطلانه أو كان متفقا على بطلانه وكان الرجل غير عالم بالحرمة ، كما أنهم قالوا بالتوارث بين الزوجين إذا كان البطلان مختلفا فيه ، وقالوا بثبوت حرمة المصاهرة بمجرد العقد إذا كان البطلان مختلفا فيه وكذلك إذا كان البطلان متفقا عليه وحصل الدخول الحقيقي ولم يعتبر ذلك الدخول زنا موجبا للحد ،كما قالوا بوجوب العدة في النوعين .(١)

ونرى أن ما ذهب إليه المالكية فيما يتعلق بآثار العقد الباطل على النحو الذي تقدم جدير بأن يؤخذ به في القضاء فيما عدا الحقوق المترتبة على عقد زواج باطل تم مع إحدى محرمات النسب لأن هذا العقد قد خرق أبرز تحريم قطعي .

وفي كل الأحوال (ماعدا جريمة الزنا) فإنه من العدل إثبات نسب الطفل للرجل(٢) لأن عدم إلحاق نسبه بوالده يعد عقابا له دون ذنب إرتكبه ويقول تعالى " ولاتزر وازرة وزر أخرى " . (٣)

المطلب الثاني

شروط الصحة

وهي الشروط التى إذا تحققت كان العقد صالحا لترتب آثاره الشرعية بعد إنعقاده ، وإذا تخلف شرط منها كان العقد غير صالح لترتب آثاره عليه ، و وصف العقد حينئذ بالعقد الفاسد .(٤)

---

(١) زكي‌الدين شعبان ، المصدر السابق : ص ١٣٧-١٣٨ ، وإبن جزي ، القوانين الفقهية : ص ٢١٦.

(٢) يقول إبن جزي في كتابه القوانين الفقهية : ص ٢١٦ ، كل نكاح يدرأ فيه الحد فالولد لاحق بالواطئ وحيث وجب الحد لا يلحق النسب .

(٣) سورة الأنعام : آية ١٦٤ .

(٤) الدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية : ص ٦٧ .

ويقصد الحنفية بالعقد الفاسد العقد الذي سلمت أركانه وشروط إنعقاده من الخلل وحصل الخلل في شروط صحته .

وشروط صحة عقد الزواج هي الآتية :-

الشرط الأول : أن لا تكون بين الرجل والمرأة حرمة فيها شبهة أو خلاف بين العلماء كأن تكون المرأة في حالة العدة من طلاق بائن ، أو أن تكون أختا للمطلقة التي لا تزال في عدتها ، أو تكون عمة أو خالة لزوجته التي ما زالت الزوجية بينهما قائمة .[1]

يتبين بما تقدم أن الحرمة بين الرجل والمرأة إذا كانت قطعية ومتفقا عليها بين الفقهاء أدت إلى بطلان العقد ، أما إذا كانت محل خلاف بين الفقهاء فإنها تؤدى إلى فساد العقد وليس بطلانه .

الشرط الثاني : الإشهاد على العقد .

إختص عقد الزواج من بين سائر العقود بالإشهاد عليه إظهارا لأهميته ورفعة شأنه، ولمنع نكرانه وجحوده ، وليكون دليل إثبات أمام القضاء ، ولمنع الظنون ومقالة السوء على الزوجين .

وهذا الإشهاد لا يخرج العقد من كونه عقدا رضائيا لأنه ليس شرطا للإنعقاد بل هو شرط للصحة .

ولقد إختلف الفقهاء في حكم الشهادة في عقد الزواج على رأيين :

الرأي الأول : أن الزواج يصح بدون الشهادة .

وإليه ذهب الجعفرية وآخرون كابن المنذر والإمام الزهري ، وإستدلوا على رأيهم هذا بأن الآيات الواردة بشأن الزواج لم تشترط الإشهاد فيعمل بها على إطلاقها .[2]

---

(١) المصدر السابق ، الإشارة نفسها ، و الدكتور أحمد علي وآخرون ، المصدر السابق : ص ٣٤ .

(٢) إبن قدامه المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٦/٤٥٠ — ٤٥١ ، والمحقق الحلي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام : ٣/٢٧٢ .

الرأي الثاني : لا يصح عقد الزواج بدون الشهادة .

وهو مذهب جمهور الفقهاء [1] ، وإستدلوا على ذلك بحديث " لا نكاح إلابولي وشاهدي عدل " .[2]

وبهذا الرأي أخذ قانون الأحوال الشخصية في المادة السادسة حيث إشترطت شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج .

وإختلف أصحاب هذا الرأي في وقت لزوم الشهادة ، فذهب جمهورهم إلى أن الشهادة تجب وقت العقد وإلا كان عقدا فاسدا ، وذهب بعضهم كالمالكية إلى أن الشهادة تستحب حالة العقد وتجب عند الدخول .[3]

والراجح هو الرأي القائل بوجوب الإشهاد وقت العقد وهو المفهوم من نص المادة السادسة حيث أوجبت الإشهاد على العقد لا على الدخول .

ما يشترط في الشهود :

من قال بلزوم الإشهاد على عقد الزواج إشترط في الشهود مايأتي :

1. أهلية الشاهد ، إذ يشترط فيه العقل والبلوغ ، فقد نصت المادة السادسة من القانون على وجوب شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية بأن أكمل كل واحد منهما الثامنة عشر من العمر وأن يكون عاقلا .
2. إتحاد الدين ، فإذا كان الزوجان مسلمين فيشترط أن يكون الشهود مسلمين ، أما إذا كانت الزوجة كتابية فيجوز أن يكون الشهود كتابيين على ما ذهب إليه بعض الفقهاء [4] وهو المأخوذ به في القضاء .

---

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ٥/ ٢٥٢ ، والخطيب محمد الشربيني ، مغني المحتاج : ١٤٤/٣ .

(2) محمد بن على الشوكاني ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار : ١٣٥/٦ .

(3) محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على شرح الكبير : ٢١٦/٢ .

(4) وهذا مذهب ابي حنفية وابي يوسف وذهب الجمهور إلى عدم جواز ذلك ، ينظر : الكاساني ،بدائع الصنائع : ٢٥٣/٢ – ٢٥٤ ، والكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ١٤٤/٣ ، وإبن قدامة المقدسي ، المصدر السابق ، ٣٤٠/٧ .

٣. سماع صيغة العقد ، بأن يسمع الشهود الصيغة ويفهمون منها أن المقصود هو إنشاء عقد الزواج ، وعليه لاتصح شهادة الأصم ، وبوجه عام أن صيغة الإيجاب والقبول كيف كانت فإنه يجب أن يفهمها الشهود على أن المقصود منها هو إنشاء عقد الزواج.

٤. تعدد الشهود : بأن لايقل عن رجلين أو رجل وإمرأتين ، وجدير بالذكر أنه يجوز أن يكون الشاهدان من أقارب الزوجين كالأب والإبن والأخ ، وإذا زوج الأب إبنته البالغة العاقلة بإذنها ورضاها بحضور شاهد واحد مع حضور إبنته فالعقد صحيح لأنها تتولى العقد أصالة لدى الحنفية ويعتبر الأب شاهدا مع الشاهد الآخر، أما إذا لم تكن البنت حاضرة أو كانت دون سن الأهلية المطلوبة للزواج فلا يعد الأب في هذه الحالة شاهدا لأن حضوره هو بصفة الولاية لاصفة الشاهد وعليه لابد من حضور شاهدين آخرين عداه .

وإذا كان الوكيل هو الذي يتولى العقد عن أحد الزوجين فإن كان الاصيل حاضرا يكتفى بشاهد واحد لأن الوكيل يعتبر هو الشاهد الثاني ،أما إذا كان الموكل غائبا فلابد من وجود شاهدين آخرين غير الموكل .[1]

زواج السر :

يقصد بزواج السر : أن يوصي الزوج الشهود بكتمان الزواج عن الناس أو عن بعضهم .

ذهب جمهور الفقهاء إلى صحة هذا الزواج ، وذهب المالكية إلى أن العقد فاسد يجب فسخه إلا إذا دخل الرجل بالمرأة وطال بقاؤه معها بحيث يشتهر الزواج بين الناس .

وإذا كانت التوصية بالكتمان قد جاءت من الولي أو الزوجة أو منهما معا فإن هذه التوصية لاتبطل العقد عندهم ، وكذلك يصح العقد إذا إتفق الزوجان والولي على الكتم دون إيصاء الشهود أو أوصى الزوج الولي والزوجة معا أو أحدهما على الكتم .[2]

---

(١) الدكتور عبدالرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري : ١/ ١٠٢ .

(٢) زكي‌الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ١٢٥-١٢٦ ، والدكتور إبراهيم عبدالرحمان ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية : ص ٣٣-٣٤ ، والدكتور وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته : ٩/ ٦٥٧١ .

ونرى أنه مادام القانون لم يشترط حضور الولي ولم ينص على كون الغاية من الإشهاد هي إعلان الزواج فإن هذا العقد يعد صحيحا من الناحية القانونية .

الشرط الثالث : أن لاتتضمن صيغة العقد مايدل على التوقيت .

إشترط جمهور الفقهاء لصحة عقد الزواج أن يكون دائميا ، بأن تخلو صيغته عن كل مافيه معنى التوقيت ، ذلك لأن التوقيت يتنافى مع المقصود الأساسى ، وهو الحياة المشتركة والتناسل وتربية الأولاد ومنح السكينة للزوجين ، ولذلك قالوا ببطلان العقد غير الدائم [1] وذهب الجعفرية إلى صحة زواج المتعة . [2]

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية برأي الجمهور حين جعل شهادة الشهود شرطا في عقد الزواج وعندما حدد غاية عقد الزواج بأنها : الحياة المشتركة والنسل .

وجدير بالذكر هنا أن الفقهاء يذكرون نوعين للعقد غير الدائم وهما الزواج المؤقت و زواج المتعة ، والجمهور مع قولهم ببطلان النوعين فرقوا بينهماعلى أساس أن العقد إذا تم بلفظ الزواج والنكاح كان الزواج زواجا مؤقتا ، وإذا تم بلفظ المتعة كان الزواج زواج المتعة [3] والصحيح أن الفرق بينهما كامن في الإشهاد على العقد فعقد الزواج المؤقت يتم أمام شاهدين ، لكن صيغة العقد فيها توقيت ، بينما لا إشهاد في زواج المتعة ، ولهذا ذهب زفر من فقهاء الحنفية إلى صحة عقد الزواج المؤقت مع إلغاء شرط التوقيت وذهب إلى بطلان نكاح المتعة . [4]

---

(١) الكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ٣٨٥/٢ ، وابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد : ٣٥/٢ ، وابو اسحق الشيرازى ، المهذب في فقه الإمام الشافعي : ٤٦/٢ .

(٢) جعفر بن حسين الحلي ، المختصر النافع في فقه الإمامية : ص ١٨١ .

(٣) الدكتور عبدالرحمان الصابوني ، المصدر السابق : ص ١٠٧ .

(٤) ينظر المرغيناني ، الهداية ، المصدر السابق : ١/ ١١٥ .

ونذكر فيمايأتي مختصرا حول أهم أحكام زواج المتعة :-

زواج المتعة :

يقوم عقد زواج المتعة على الأركان التالية .

١. الصيغة : فهو ينعقد بإحدى الصيغ الثلاثة وهي زوجتك ، وأنكحتك ، ومتعتك.
٢. الزوجة : ويشترط أن تكون مسلمة أو كتابية .
٣. المهر : ويشترط ذكره ويتقدر بالتراضي ، ويستقر المهر بالدخول ، أما إذا لم يدخل بها ووهبها المدة المحددة فإنها تستحق نصف المهر ، وإذا ظهر فساد العقد فلا مهرلها إذا لم يتم الدخول ، أما إذا دخل بها إثر عقد فاسد كان لها ما أخذت ولاتأخذ مابقي من المهر.
٤. الأجل (أي المدة) : يشترط تحديده في العقد ويتقدر بتراضيهما كاليوم والشهر والسنة .

و أهم أحكام هذا العقد هي :

١. عدم ذكر المهر مع ذكر الأجل يبطل العقد .
٢. إذا ذكر المهر دون المدة يتحول العقد إلى عقد دائم .
٣. يلحق بالرجل نسب الطفل وإذا نفاه لم يحتج إلى اللعان .
٤. لايقع بالمتعة طلاق ولالعان على الأظهر، ويقع الظهار على تردد ، وإنتهاء العقد يكون بمضي المدة المتفق عليها.
٥. لايثبت بالمتعة ميراث بين الزوجين عند الأكثرية ، ويرى بعضهم أنه يثبت مالم يشترط السقوط ، ولو شرط لزم.
٦. العدة فيها حيضتان إن كانت من ذوات الحيض وإن لم تحض فعدتها خمسة وأربعون يوما .
٧. إذا مات الزوج ففي مدة العدة رأيان عندهم أقواه أنها أربعة أشهر وعشرة أيام .
٨. لايصح تجديد العقد قبل إنقضاء المدة المحددة ، وإذا أراد الزوج التجديد وهبها مابقي من المدة وإستأنف العقد .[1]

---

(١) جعفر بن الحسن الحلي ، المختصر النافع : ص ١٨١-١٨٣ .

وبعد الإطلاع على أحكام عقد زواج المتعة نذكر فيمايأتي أهم ما إستدل به الفريقان .

١- إستدل فقهاء الجعفرية على صحة زواج المتعة بقوله تعال " فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة " .[١]

وجه الدلالة أن لفظ الإستمتاع يختلف عن لفظ النكاح ، والآية أمرت بإيتاء الأجور والأجور موضعها الإجارة ، وهي عقد على المنافع والمتعة عقد على المنفعة ، كما أن الآية أمرت بإعطاء الأجر بعد الإستمتاع ، ولوكان المقصود بالأجر المهر لوجب بنفس العقد لا بعد الإستمتاع كما هو الحال في الزواج .

ورد الجمهور دليلهم هذا بأن المراد بالإستمتاع في الآية الكريمة الزواج المعروف ، لأنه هو المذكور في أول الآية وآخرها بقوله تعالى " ولاتنكحوا مانكح آباؤكم " إلى قوله تعالى " ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات " .[٢]

وقالوا إن التعبير بالأجر إنما جاء لأن المهر يسمى أجرا أيضا ، قال تعالى " ياأيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن " [٣] أى مهورهن ، أما الأمر بإعطاء الأجر بعد الإستمتاع فتقديره فآتوهن أجورهن إذا استمتعتم بهن .

٢- ماروي عن إبن مسعود أن الرسول صلى الله عليه وسلم رخص في نكاح المرأة بالثوب إلى أجل ثم قرأ إبن مسعود قوله تعالى " ياأيهاالذين أمنوا لاتحرموا طيبات ما أحل الله لكم ". [٤]

رد الجمهور هذا الدليل بأن هذا الترخيص جاء في ظروف خاصة وقد ثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى فى حجة الوداع عن نكاح المتعة فقد قال : " كنت قد أذنت لكم في الإستمتاع بالنساء وأن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة فمن كان عنده منهن شئ فليخل سبيله ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا " .[٥]

---

(١) سورة النساء : آية ٢٤ .

(٢) سورة النساء : آية ٢١،٢٤ .

(٣) سورة الأحزاب : آية ٥٠ .

(٤) سورة المائدة : آية ٨٧ .

(٥) عبدالله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية لاحاديث الهداية : ١٨٠/٣ .

٣- ماروي عن إبن عباس أنه كان يفتي بجواز نكاح المتعة ، وأنكر على عمر نهيه عنها وإحتج بأن الرسول صلى الله عليه وسلم أباحها " .

ورد الجمهور هذا الدليل أيضا بأن إبن مسعود تراجع عن فتواه في آخر حياته ، ويقول البعض أنه أفتى بإباحته عند الضرورة . (١)

وبين إبطال هذا العقد من قبل جمهور الفقهاء وإجازته من قبل فقهاء الجعفرية إتجه القضاء إلى إعتباره عقدا فاسدا .

وبعد ذكرشروط صحة عقد الزواج عند الحنفية نذكر فيمايأتي نماذج من العقود الفاسدة عند جمهور الفقهاء :

١. يرى جمهور الفقهاء أن عقد الزواج الذي يتم بالإكراه يكون فاسدا وذهب الحنفية إلى صحته ، وفي القانون يكون هذا العقد باطلا إذا لم يتم الدخول ، أما إذا حصل فيه الدخول فإن للمكره الحق في المطالبة بالتفريق بموجب المادة ٤٠ من قانون الأحوال الشخصية .
٢. ذهب جمهور الفقهاء إلى أن البالغة العاقلة إذا تولت عقد زواجها بنفسها يكون العقد فاسدا ، وذهب الحنفية إلى صحته وهوما أخذبه قانون الأحوال الشخصية .
٣. ذهب المالكية إلى فساد العقد إذا تراضى الزوجان على عدم إعطاء المهر للزوجة أو إذا سمى لها شيئا لايصلح أن يكون مهرا ، وعندهم يجب فسخ هذا العقد قبل الدخول ، وإذا فسخ لاشيء للمرأة من المهر ، وإذا دخل الرجل بالمرأة ثبت العقد ووجب للمرأة مهر المثل ، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن العقد لايفسد بالإتفاق على نفي المهر ولابتسمية شئ لايصلح أن يكون مهرا وأخذ قانون الأحوال الشخصية برأي الجمهور .

---

(١) ينظر لأدلة الفريقين : محمد بن على الشوكاني ، نيل الأوطار : ١٤٦/٦ ، وإبن قدامة ، المغني والشرح الكبير : ١٠٣/٧ ، و زكي‌الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ١١٩-١٢٣ ، والدكتور إبراهيم عبدالرحمان ، الوسيط : ص ٢٣-٢٥ ، والدكتور وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته : ٦٥٥٣/٩ ومابعدها .

٤. ذهـب المالكـية إلى بطـلان عقد الزواج إذا كان الزوجان أو أحدهما مصابا بمرض مخـوف يتوقع منه الموت عادة ، لأن في ذلك إدخالا لوارث في التركة لم يكن موجودا قـبل المـرض ، وحكمه عندهم وجوب التعجيل بفسخه بمجرد الإطلاع عليه سواء تحقـق الدخـول أم لم يتحقق ، ولومات أحدهما قبل الفسخ لايرثه الآخر سواء مات المـريض مـنهما أو الصحيح ، وإذا فسخ العقد قبل الدخول لاتأخذ المرأة شيئا من المهـر وإذا فسـخ بعد الدخول فللمرأة المهر المسمى إلا إذا مات الزوج قبل فسخه وتـزوج وهـو مـريض فللزوجة الأقل من ثلث التركه ومن المسمى ومن مهر المثل فـأي واحـد مـن هذه الثلاثة كان الأقل إستحقته المرأة ، وهذا الزواج صحيح عند الجمهور وفي القانون .

٥. ذهـب جمهـور الفقهـاء إلى فساد عقد أبرم في وقت كان الزوجان أو أحدهما محرما بحج أو عمرة وذهب الحنفية إلى صحته .

آثار إنعدام شرط من شروط الصحة

إذا تخلـف شـرط من شروط الصحة السابقة كان العقد فاسدا ،وحكمه أنه لا يحل به دخـول ، ويجـب علـيهما أن يـتفرقا ، ولايترتـب على العقد أي أثر من آثار الزواج الصحيح ، ولكن إذا حصل الدخول الحقيقي فإنه يترتب على هذا الدخول آثار وهى :

١- يجـب لـلمرأة مهر المثل في حالة عدم تسمية المهر ، ويجب أقل المهرين : المسمىومهر المثل في حالة تسمية المهر .

٢- يثبت به نسب المولود .

٣- تجـب العـدة عـلى المـرأة إبتداء من وقت المتاركة إذا إفترقا من تلقاء نفسيهما ، ومن وقت تفريق القاضي إذا فرق بينهما .

٤- تثبـت بـه حـرمة المصاهرة فيحرم على الرجل جميع أصول المرأة و فروعها ، ويحرم على المرأة جميع أصول الرجل و فروعه .

٥- لا يحصل به توارث بين الزوجين .

المطلب الثالث

شروط النفاذ

وهي الشروط التي يتوقف عليها ترتب أثر العقد عليه بالفعل بعد إنعقاده وصحته بحيث لو تخلف شرط منها توقف ترتب أثر العقد على إجازة من له الحق في إجازته وسمي حينئذ بالعقد الموقوف .. وهذه الشروط هي الآتية :-

١. أن يكون كل من العاقدين كامل الأهلية فإذا كان أحدهما أو كلاهما ناقص الأهلية بأن كان صبيا مميزا وتولى عقد زواجه بنفسه كان العقد من الناحية الشرعية موقوفا على إجازة من له الحق في الإجازة [(١)] ، أما من الناحية القانونية فإنه لايعتبر نافذا إلا بعد تحقق الشروط القانونية المذكورة في المادة الثامنة .

٢. أن يكون لكل من العاقدين صفة شرعية في مباشرة عقد الزواج ، كأن يكون أصيلا أو وليا أو وكيلا ، أما إذا تولاه شخص أجنبي فضولي كان العقد موقوفا على إجازة صاحب الشأن . [(٢)]

٣. أن يلتزم الوكيل بالشروط التي حددها الموكل إذا كانت الوكالة مقيدة و ألا يخالف العرف إذا كانت الوكالة عامة .

وإذا كانت المرأة هي الموكلة فعلى الموكل تزويجها من رجل كفء وبمهر المثل (وهما من الحقوق الخاصة بها) وإذا خالف الوكيل كان العقد موقوفا على إجازتها .

٤. أن يقوم الولي الأقرب بتولي العقد .

---

(١) وهذا مذهب الحنفية والمالكية وعند الشافعية والحنابله يبطل عقد يتولاه صبي مميز لأنهم يعتبرون الرشد شرطا لصحة عقد الزواج وعلى هذا الأساس أيضا يقولون ببطلان عقد زواج يتولاه السفيه إذا لم يحتج إليه وذهب الحنفية إلى أن الرشد ليس شرطا لصحة الزواج ولا شرطا لنفاذه ولذلك قالوا بصحة عقد زواج يتولاه سفيه ، ينظر : الشربيني ، مغني المحتاج : ١٧١/٢ ، وإبن جزي ، القوانين الفقهية : ص ١٩٧، وإبن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي:- ٣/ ٢٣١ ، ٢٩٤-٢٩٧.

(٢) وذهب الشافعية والحنابلة إلى بطلان عقد الفضولي .

فـإذا تـولاه الـولي الأبعد كان العقد موقوفا على إجازة الولي الأقرب [1] غير أن محكمة التمييـز ذهبـت في قـرارها المـرقم (٢٣) في (١٩٦٣/١/١٨) إلى أن الأخ إذا قام بـتزويج أختها مع وجود أبيها كان العقد صحيحا إذا جرى للكفء وبمهر المثل ، غير أن لها الفسخ عند البلوغ .[2]

وذهبـت في القـرار رقـم (٨٦٠) في (١٩٧٨) إلى أن عقد زواج الصغيرة التي يجـريه أخوهـا يعتـبر باطلا مادام أبوها موجودا على قيد الحياة [3] ، ونرى أن الأخ في حالة وجود الأب وكمال أهليته كالفضولي وعلى النحو الذي مر في الشرط الثاني .

آثار إنعدام شرط من شروط النفاذ

إذا إنعـدم شـرط من هذه الشروط كان العقد موقوفا فلا يترتب عليه أثر من آثار الـزواج قـبل إجازتـه مـن قبل من له الحق في الإجازة ، فلا يحل به دخول ولاتجب فيه نفقـة ، و إذا مات أحد الزوجين لايرثه الآخر ، وإذا أجازه من له الحق في الإجازة أصبح العقـد نـافذا وترتبـت علـيه أحكام الزواج الصحيح ، هذا إذا لم يحصل الدخول فإن حصل قبل الإجازة ترتب على العقد مايترتب على العقد الفاسد وعلى النحو الذي تقدم .

المطلب الرابع

شـروط اللزوم

وهـي الشـروط التي يتوقف عليها بقاء العقد وإستمراره ، وعند توفرها لايحق لأحد مـن العـاقدين أو غيرهما الإعتراض على العقد وطلب فسخه ، وسمي العقد حينئذ بالعقد اللازم .[4]

---

(١) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ١٢٨ .

(٢) الدكتور أحمد علي وآخرون ، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي : ص ٥٦ .

(٣) علي بن محمد إبراهيم الكرباسي ، شرح قانون لأحوال الشخصية : ص ١٦ .

(٤) زكي الدين شعبان : المصدر السابق : ص ٩٨ .

وهذه الشروط هي :-

١. أن يتولى الأب أو الجد زواج ناقص الأهلية أو فاقدها ، أما إذا تولاه غير الأب والجد كالأخ والعم فإن الصبي إذا بلغ و المعتوه إذا عقل و المجنون إذا أفاق يحق لكل واحد منهم طلب فسخ العقد .

ولقد فرق بعض الفقهاء بين أن يكون الأب أو الجد معروفين بحسن التصرف وبين أن يكونا معروفين بسوء التصرف ، فإعتبروا عقد الزواج في الحالة الأولى لازما ، وفي الحالة الثانية غير لازم ، ولكن القضاء إتجه إلى إعتبار العقد لازما إذا تولاه الأب أو الجد دون تفرقة بين أن يكونا حسني التصرف أو سيئي التصرف .[1]

وتجب الإشارة إلى أن حصول الدخول قبل البلوغ لايعتبر مسقطا لحق الصغيرة في طلب فسخ الزواج بعد بلوغها .

٢- أن يكون العقد خاليا من التغرير .

فإذا غرر الزوج الولي أو موليته بأنه كفء لها ،كأن يدعي نسبا معينا أو مكانة اجتماعية معينة أو وظيفة معينة وتم العقد على هذا الأساس ثم ظهر خلاف ذلك كان للزوجة ولأوليائها الحق في فسخ العقد ، لأن الرضا لم يكن على أساس صحيح.

أما تغرير المرأة بالرجل فلا يمنع من لزوم العقد لأنه يملك الحق في إيقاع الطلاق .

٣- أن يكون الزوج كفءاً للزوجة فإذا لم يتحقق ذلك فللولي حق الإعتراض وطلب فسخ العقد ، فإن سكت حتى ظهر عليها الحمل أو ولدت فلا حق له في طلب فسخ العقد حفاظا على الولد من الضياع .[2]

ويمكن القول في ضوء المادتين الرابعة والتاسعة من قانون الأحوال الشخصية أن المشرع العراقي عد الكفاءة حقا خالصا للمرأة دون أوليائها أخذا بما ذهب إليه فقهاء

---

(١) والقرارات الصادرة من محكمة التمييز بهذا الشأن مثل القرار رقم (٥١٥) في (١٩٧١/٣/١٠) ، والقرار رقم (٣١٧٨) في (١٩٧٢/٢/٢٣) ، والقرار رقم (٣٨٩) في (١٩٧٣/٤/٢٣) ، انظر إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز : ص ١٥١ ، ١٥٣ .

(٢) وذهب أحمد بن حنبل في رواية له إلى أن الكفاءة شرط لصحة عقد الزواج ،ينظر : إبن قدامة ، المغني و الشرح الكبير: ٣٧١/٧ .

الجعفرية ، وبناء عليه إذا تزوجت البالغة العاقلة من غير كفء تكون بذلك قد أسقطت حقها وحينئذ لايبقى للأولياء حق الإعتراض وطلب فسخ العقد .

٤- أن يكون المهر مهر المثل ، فإذا زوجت البالغة العاقلة نفسها بأقل من مهر المثل وكان لها ولي عاصب لم يرض قبل العقد بأقل من مهر المثل كان للولي الحق في طلب فسخ الزواج .[١]

وما تقدم بشأن الشرط الثالث : وارد هنا ومن باب أولى ، فإذا كان المشرع قد إتجه إلى إعتبار الكفاءة حقا خالصاها دون أوليائها فالمهر يكون حقا خالصاها وحدها من باب أولى .

آثار إنعدام شرط من شروط اللزوم :

إذا إنعدم شرط من شروط اللزوم يحق لكل من العاقدين وغيرهما ممن يعنيهم الأمر الإعتراض على العقد ،وطلب فسخه ، وحكم هذا العقد أنه يثبت به كل آثار الزواج إلا إذا فسخ قبل الدخول فإن المرأة لاشيء لها من المهر .

المبحث الثاني

الشروط المقترنة بالعقد

سبق القول بأن عقد الزواج لا يقبل التعليق على حادثة غير محققة ولا الإضافة إلى زمن مستقبلي ، لذا يجب أن تأتي الصيغة بصورة منجزة ، والصيغة قد تأتي منجزة لكنها تقترن بشرط يشترطه أحد المتعاقدين لتحقيق مصلحة له ، فالعقد هنا ينعقد أما الشرط المقترن به فمتوقف على كونه من الشروط التي يصح إقترانها بالعقد أو من الشروط التي لايصح إقترانها بالعقد ،وفي الحالتين يكون العقد منعقدا ،فإذا كان الشرط صحيحا صح العقد والشرط معا ، و إذا لم يكن الشرط صحيحا صح العقد ولغا الشرط [٢] ،

---

(١) المصدر السابق ، الإشارة نفسها ، ويذكر الفقهاء شرطا آخر وهو خلو الزوج عن عيب الجب والعنة عند عدم الرضا من الزوجة بهما غير أن هذين العيبين جعلهما القانون سببا من أسباب التفريق في المادة ٤٣ .

(٢) الدكتور أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان ماعليه العمل في محاكم الكويت : ص٥٥ .

فالشروط غير المشروعة لا تؤثر على العقد فيكون العقد صحيحا والشرط باطلا .[1]

ولقد نصت الفقرة الثالثة من المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية على أن :

" الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها " .

لم يذكـــر المشـــرع في هذه المادة الضوابط للتمييز بين الشرط المشروع والشرط غير المشـــروع ، ومعـــنى ذلـــك أنـــه أحال القاضي بهذا الصدد إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ولدى الرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد لدى الفقهاء إتجاهات ثلاثة وهي :-

- إتجـــاه مضيق يرى أن الأصل في إستحداث الشروط هو الحظر وبناء على ذلك لا يجـــيزون إلا الشـــروط التي ورد بها دليل من نص أو إجماع ، وإتجاه ثان وهو إتجاه موســـع يـــرى أن الأصل في إستحداث الشروط هو الإباحة وبناء عليه لا يمنعون إلا الشروط التي تتعارض مع نص صريح أو مع إجماع .

والإتجـــاه الثالـــث هو الإتجاه المعتدل والذي أقره جمهور الفقهاء وفي مقدمتهم الحنفية وهو ما أخذت به التشريعات العراقية .[2]

ويعتبر هذا الإتجاه الشرط صحيحا إذا دخل ضمن المعايير التالية :

١. إذا كـــان ملائمـــا لمقتضـــى العقـــد ، مثل أن تشترط الزوجة على زوجها أن يحسن معاملتها ، أو ينفق عليها ، أو يهيئ لها مسكنا يليق بأمثالها في حدود إمكانيته المالية .
٢. إذا كـــان مؤكـــدا لمقتضـــى العقـــد ،كأن تشترط الزوجة كفالة والد زوجها لمهرها أو نفقتها .
٣. إذا كـــان مـــن الشروط التى جاء الدليل الشرعي على جوازها ، كأن يشترط الزوج أن يطلق زوجته متى شاء ، أو تشترط الزوجة أن يكون الطلاق بيدها .
٤. إذا كـــان مـــن الشـــروط الـــتى جاءبها عرف صحيح ، كأن تشترط الزوجة تعجيل كل المهر أو نصفه تبعا لعرف البلد الذى عقد عليها فيه .

فهذه الشروط صحيحة يجب الإيفاء بها لأنها لاتخرج عن المعايير الموضوعة ، أما إذا كان

---

(١) عبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص ١٨ .

(٢) الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه الإسلامي في منهجه الجديد : ص ٣١٢ — ٣١٣ .

مخالفا لتلك المعايير كإشتراط الزوج ألا ينفق عليها ، أو لا يدفع لها مهرا ، أو إشتراط الزوجة ألايطلقها ، أو يطلق ضرتها أو إشتراط الزوجين المختلفين ديناً أن يتوارثا بأن كان الزوج مسلما و الزوجة كتابية ، فهذه الشروط باطلة لا إعتبار لها ويصح معها العقد ويلغو الشرط ولا يجب الوفاء به .

وهـناك شـروط لاتدخل ضمن المعايير السابقة ولا تنافيها أيضا بل هي أمور خارجة عـن معـنى العقـد وملابساته الشرعية ، فالفقهاء مع إتفاقهم على صحة العقد مع تلك الشـروط إخـتلفوا في لزوم الوفاء بها ، فذهب بعضهم إلى لزوم الوفاء بها مادام التراضي قـد حصـل على أساسها ، وذهب بعضهم إلى عدم لزوم الوفاء بها ، ومن تلك الشروط أن تشـترط الـزوجة عـلى زوجها ألا يخرجها من دارها أو من بلدها أو ألا يسافر بها ، أو ألا يتزوج عليها .

ومن الشروط التى من قبيل ماتقدم وألزم القضاء الطرف المشترط عليه بالوفاء بها، أن تشترط الزوجة إسكانها في منطقة قريبة من محل عملها أو إذا إشترطت إسكانها في دار معينة ، أو في مدينة معينة .[1]

وبعد هذا العرض لما يصح وما لا يصح من الشروط يمكن القول بأن ما ذهب إليه أصحاب الإتجاه الموسع هو الأكثر ملاءمة مع مقاصد الشريعة وأنه يستند إلى نصوص واضحة بهذا الشأن مثل حديث " المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما " [2] وحديث " إن أحق ما وفيتم من الشروط ما إستحللتم به الفروج " .[3]

ونرى أنه كان الأجدر بالمشرع العراقي أن لايدع مثل هذه المسألة بدون ضوابط إذ أنها تحمل في طياتها إشكالات كثيرة ، وحسنا فعلت بعض القوانين حينما وضعت ضوابط للتمييز بين ماهو معتبر من الشروط وماهو غير معتبر ، وذلك كقانون الأحوال الشخصية الأردني حيث نصت المادة التاسعة منه على مايأتي :-

" إذا إشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين ولم يكن منافيا لمقاصد الزواج ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعا وسجل في وثيقة العقد وجبت مراعاته وفقا لمايلي .

---

(١) إبراهيم الشاهدي ، المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز : ص ١٥، ١٥٣ ، ١٥٧ .

(٢) رواه البخاري في كتاب الإجارة والترمذي في كتاب الأحكام .

(٣) رواه البخاري في كتاب النكاح .

١. إذا إشترطت الزوجة على زوجها شرطا تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعا ولايمس حق الغير كأن تشترط عليه أن لايخرجها من بلدها ، أو أن لا يتزوج عليها ، أو أن يجعل أمرها بيدها تطلق نفسها إذا شاءت ، أو أن يسكنها في بلد معين ،كان الشرط صحيحا وملزما ، فإن لم يف به الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية .

٢. إذا إشترط الزوج على زوجته شرطا تتحقق له به مصلحة غير محظورة شرعا ولايمس حق الغير كأن يشترط عليها أن لاتعمل خارج البيت أو أن تسكن معه في البلد الذي يعمل هو فيه ، كان الشرط صحيحا وملزما فإن لم تف به الزوجة فسخ النكاح بطلب من الزوج وأعفي من مهرها المؤجل ومن نفقة عدتها .

٣. أما إذا قيد العقد بشرط ينافي مقاصده ، أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعا كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر أن لايساكنه أو أن لايعاشره معاشرة الأزواج أو أن يشرب الخمر أو أن يقاطع أحد والديه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا " .

وتجب الإشارة إلى أن المشرع العراقي نص في الفقرة الرابعة من المادة السادسة على أن : " للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم إيفاء الزوج بما أشترط ضمن عقد الزواج " والمفهوم المخالف لهذا النص هو أنه إذا كان صاحب الشرط هو الزوج ولم تنفذ الزوجة ما أشترط عليها فليس من حق الزوج المطالبة بفسخ العقد ، بل له فقط الحق في مطالبتها بالتنفيذ قضاء .[١]

ولابد من الإشارة إلى أن الشرط الذي يعد مقترنا بالعقد وبالتالي يلزم الوفاء به هو ماكان مذكورا في صلب العقد ومنصوصا عليه من قبل المتعاقدين ، أما إذا كان الإتفاق على الشرط قد جرى شفاها في حين كان العقد مسجلا في المحكمة فإن ذلك الشرط لا يثبت إلا بالإقرار أو النكول عن اليمين .

أما إذا كان العقد مبرما خارج المحكمة وثبت أصل العقد بالشهود فهنا يمكن الإستماع إلى البينة الشخصية في إثبات الشرط المقترن بالعقد ، وعند عدمها فبالنكول عن اليمين .[٢]

(١) عبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص ٢٠ .

(٢) المصدر السابق : ص ١٩ .

الفصل الثالث

أهلية الزواج



المبحث الأول

زواج عديم الأهلية وناقصها

أجاز جمهور الفقهاء زواج المجنون والصغير غير المميز [(١)] مثلما أجازوا زواج البالغ العاقل والفرق عندهم أن بإمكان البالغ العاقل مباشرة عقد زواجه بنفسه ، أما المجنون والصغير غير المميز فإنهم لايباشرون عقد زواجهم بأنفسهم بل يتولاه ويباشره عنهم وليهم [(٢)]

وإجازة جمهور الفقهاء لزواج الصغير غير المميز تعنى أنهم أناطوا أهلية الزواج بأهلية الوجوب لا بأهلية الإداء .

ولكن قانون الأحوال الشخصية أناط أهلية الزواج بأهلية الإداء لابأهلية الوجوب عندما جاءت الفقرة الأولى من المادة السابعة منه تقول :

" يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشر من العمر "

والمقصود بتمام الأهلية هنا : الصفة التي يمكن معها للرجل والمرأة أن يباشر كل واحد منهما عقد الزواج بنفسه أو بواسطة وكيل مستوف للشروط ، فإذا توفر الشرطان المذكوران في شخص أصبح أهلا للزواج . [(٣)]

---

(١) ينظر : إبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٣٨٢/٧ ، وأبو إسحق الشيرازي ، المهذب: ٣٧/٢ ، وإبن جزي ، القوانين الفقهية : ص ٢٠٤ وفيه : خمسة يلزمهم النكاح إذا عقده عليهم غيرهم سخطوا أم رضوا ... الطفل الصغير ... وذهب بعض الفقهاء كإبن شبرمة وأبو بكر بن الأصم إلى بطلان تزويج الصغير والصغيرة ، وذهب إبن حزم الأندلسي إلى بطلان زواج الصغير دون الصغيرة .. انظر إبن حزم الأندلسي ... المحلى : ٩/ ٤٥٨-٤٦٢ .

(٢) ولاية الإجبار عند المالكية للأب ثم لوصيه ، وعند الشافعي للأب ثم للجد وعند الحنابلة للأب ثم لوصيه ثم للحاكم في الولاية على المجانين ، وعند الحنفية تثبت الولاية لجهات النبوة والأبوة والأخوة والعمومة ، وتجب الإشارة هنا إلى أن الحنفية إنفردوا بإجازة مباشرة البالغة العاقلة لعقد زواجها ومنعها الجمهور ... ينظر لما تقدم محمد بن إدريس الشافعي ، الأم : ٢٠/٧ ، وإبن جزي ، المصدر السابق ، الإشارة نفسها ، والكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ١٦١/٣ ، وإبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٣٨/٧ .

(٣) عبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص ٢٠ .

وما أخذبه القانون من إناطة أهلية الزواج بأهلية الأداء هو مما يستقيم مع كون الزواج عقدا وتصرفا ، إذ أن التصرف قائم على الإرادة ومن ليست له أهلية أداءمطلقا ليست له إرادة معتبرة ، والفقرة الأولى من هذه المادة تضمنت قاعدة عامة وجاءت الفقرة التالية والمادة التي بعدها بإستثناءات على تلك القاعدة نذكرها فيمايأتي :-

١- زواج المريض عقليا : نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة على مايأتي .
" للقاضي أن يأذن بزواج أحد الزوجين المريض عقليا إذا ثبت بتقرير طبي أن زواجه لايضر بالمجتمع وأنه في مصلحته الشخصية إذا قبل الزوج الآخر بالزواج قبولا صريحا ".

أجازت هذه الفقرة للقاضي أن يأذن بزواج من إنعدمت أهليته بمرض عقلي ووضعت لذلك ثلاثة شروط وهي :-

أ- الإعتماد على التقرير الطبي المصدق الصادر من الأطباء ذوي الإختصاص المتضمن أن زواج هذا المريض عقليا لايضر بالمجتمع لأن هناك بعضا من الأمراض الوراثية ينتقل إلى نسل المريض وفي ذلك إضرار بالمجتمع .
ب- تأكيد التقرير على أن هذا الزواج يحقق مصلحة للمريض كأن يخفف من حدة مرضه أو يساعد على تحسين سلوكه أو يفيده نفسيا ، وإلا لم يأذن بالزواج .
ت- كون الطرف الآخر عالما بحالة المصاب ويبدى موافقته بصورة صريحة على الزواج منه ولايمكن هنا الإعتماد على السكوت .

٢- زواج ناقص الأهلية :
نصت المادة الثامنة على أنه :

" ١- إذا طلب من أكمل الخامسة عشر من العمر الزواج فللقاضي أن يأذن به إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي فإذا إمتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له فإن لم يعترض أو كان إعتراضه غير جدير بالإعتبار أذن القاضي بالزواج " .

" ٢-للقاضي أن يإذن بزواج من بلغ الخامسة عشر من العمر إذا وجد ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك ، ويشترط لإعطاء الإذن تحقيق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية " .[(١)]

أناطت هذه المادة حصول إذن القاضي بالزواج بأمرين .

أحدهما : موافقة الولي الشرعي ، وعدم موافقته لايمنع من إعطاء الإذن إذا لم يكن مستندا إلى مبررات معقولة .

ثانيهما : أن يكون لطالب الزواج القابلية البدنية .

وقد يحصل أن يكون العمر المسجل في هوية الأحوال المدنية ستة عشر عاما بينما تكون علامات الصغر بادية على الفتاة ويجد القاضي أنها غير صالحة للزواج ، ففي هذه الحالة لايكون القاضي مجبرا على إعطاء الإذن بل بإمكانه إحالة الفتاة إلى طبيب أخصائي لبيان كونها تصلح للزواج أم لا ، فإذا جاء التقرير مبينا عدم صلاحيتها للزواج لم يإذن القاضي بالزواج .

أما إذا كان العمر المسجل – مثلا – (١٢) إثنتى عشرة سنة في حين ظاهر حال الفتاة يؤيد أن عمرها (١٦) ست عشر سنة هنا لا يستطيع القاضي أن يإذن بالزواج ، وليس أمام طالب الزواج هنا غير تصحيح تولدها وفق القواعد القانونية .

وتجدر الإشارة إلى أن الولي الشرعي كالأب يستطيع أن يوكل غيره بوكالة رسمية يخول فيها وكيله الحضور في محكمة الأحوال الشخصية لتسجيل عقد زواج من تحت ولايته .[(٢)]

والإذن الوارد في هذه المادة أمر جوهري في عقد الزواج لأن إنعدامه يجيز التفريق بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة الأربعين .

---

(١) ألغيت عبارة (الخامسة عشر) الواردة في هذه المادة وحلت محلها عبارة (السابعة عشرة) بموجب القرار رقم ٦٢ الصادر من رئاسة إقليم كردستان بتأريخ ٢٠٠٠/٤/٢٩ .

(٢) عبدالقادر إبراهيم ، المصدر السابق : ص ٢٢ .

المبحث الثاني

الإكراه على الزواج

بعد أن خصص المشرع المادتين السابعة والثامنة لتحديد تمام الأهلية و زواج المريض عقليا وناقص الأهلية جاء وخصص المادة التاسعة لحكم الإكراه على الزواج ، وذلك لوجود المناسبة بين الأهلية وبين الإرادة والإختيار ، فجاءت الفقرات الثلاث للمادة على النحو الآتي :-

١. لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار إكراه أي شخص ذكرا كان أم أنثى على الزواج دون رضاه ، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلا إذا لم يتم الدخول كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار منع من كان أهلا للزواج بموجب أحكام هذا القانون من الزواج .

٢. يعاقب من يخالف أحكام الفقرة (١) من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كان قريبا من الدرجة الأولى ، أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات أو الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات .

٣. على محكمة الأحوال الشخصية أو محكمة المواد الشخصية الإشعار إلى سلطات التحقيق لإتخاذ التعقيبات القانونية بحق المخالف لأحكام الفقرة (١) من هذه المادة ،ولها توقيفه لضمان حضوره أمام السلطات المذكورة ويحق لمن تعرض للإكراه أو المنع ، مراجعة سلطات التحقيق مباشرة بهذا الخصوص .

وأخذ على المشرع بخصوص هذه المادة أنه جعل الدخول مزيحا لصنفه البطلان وكان الأجدر به إبطال هذا العقد مطلقا ، أو أن يجعله موقوفا كسائر العقود الأخرى التى تتم بالإكراه .

كما أنه لم يبين وجوه وصور الإكراه وأبعاده ، وبالاضافة الى ماتقدم أنه لم يفرق بين إعتراض يستند إلى مبرر معقول وإعتراض ليس كذلك .[١]

---

(١) الدكتور أحمد علي وآخرون ، شرح قانون الأحوال الشخصية : ص .

الفصل الرابع
تسجيل عقد الزواج وإثباته



المبحث الأول

تسجيل عقد الزواج

تسجيل عقد الزواج شرط قانوني وليس شرطا شرعيا ولذلك فإن حصوله وعدم حصوله سيان من حيث التأثير على ذات العقد ،فمتى توفرت في العقد شروطه الشرعية ترتبت عليه آثاره سواء سجل العقد أم لم يسجل .

ولقد تضمنت الفقرات الثلاث الأول من المادة العاشرة شروط التسجيل فنصت على الآتي :

"يسجل عقد الزواج في المحكمة المختصة بدون رسم في سجل خاص وفقا للشروط التالية :

أ- تقديم بيان بلا طابع يتضمن هوية العاقدين وعمرهما ومقدار المهر وعدم وجود مانع شرعي من الزواج ، على أن يوقع هذا البيان من العاقدين ويوثق من مختار المحكمة أو القرية أو شخصين معتبرين من سكانها .

المقصود بالبيان هنا إستمارة خاصة تملأ من قبل من يريد الزواج ويوقع عليها من ورد ذكرهم في الفقرة أعلاه .

ب- يرفق البيان بتقرير طبي يؤيد سلامة الزوجين من الأمراض السارية والموانع الصحية وبالوثائق الأخرى التي يشترطها القانون .

والتقرير الطبي إذا كان من طبيب أهلي فيجب تصديقه من قبل نقابة الأطباء ، أما إذا كان صادرا من مؤسسة صحية حكومية ، فيكفي توقيع الطبيب وختم المؤسسة الرسمي .

ولقد جاءت في الفقرة عبارتا (الأمراض السارية والموانع الصحية) بصورة مطلقة دون تحديد لآحاد الأمراض والموانع ، لأن هذه من الأمور التي يحصل فيها التبدل والتغير ، فمن المحتمل ظهور أمراض جديدة لم تكن معروفة من قبل ، وحسنا فعل المشرع حينما لم يدخل في التفاصيل وتعداد الأمراض والموانع الصحية .

وبوجه عام فإن الموانع الصحية تشمل :-

١. الأمراض التناسلية السارية .
٢. الجذام .

٣. التدرن الرئوي في حالته الفعالة .

٤. الأمراض العقلية ، وتشمل الأمراض والعاهات العقلية .[1]

أما عبارة (الوثائق الأخرى) فيقصد بها :

موافقة الجهات ذات العلاقة بالنسبة للعسكريين ،وإعلام الطلاق المكتسب الدرجة القطعية للمطلق أوللمطلقة وشهادة الوفاة أو القسام الشرعي بالنسبة للولي إذاكان متوفى ،أو الزوج السابق بغية معرفة إنتهاء العدة للأرملة أو المطلقة وغير ذلك من الوثائق .

٣. " يدون ماتضمنه البيان في السجل ويوقع بإمضاء العاقدين أو بصمة إبهامهما بحضور القاضي ويوثق من قبله وتعطى للزوجين حجة بالزواج " .

بعد تسجيل ماتضمنه البيان يتلفظ العاقدان أو وكيلاهما صيغة العقد وبعد ذلك يوقع القاضي السجل والنسخ المطلوبة من العقد وتسلم للزوجين .

٤. " يعمل بمضمون الحجج المستقلة وفق أصولها بلا بينة وتكون قابلة للتنفيذ فيما يتعلق بالمهر مالم يعترض عليها لدى المحكمة المختصة " .

ومعنى ذلك أن حجة الزواج تعتبر لوحدها دليلا في الإثبات ولاحاجة لبينة أخرى فإذا طالبت الزوجة بمهرها – مثلا – وأنكر الزوج الزوجية أو المهر فإن الحجة الصادرة من المحكمة تكفي لإثبات الزوجية أو المهر مالم يطعن الخصم بالتزوير فإذا طعن بالتزوير يطبق المادة (٣٦) من قانون الإثبات بالنسبة لإحالة الخصوم إلى قاضي التحقيق .

٥. " يعاقب بالحبس مدة لاتقل عن ستة أشهر ولاتزيد على سنة أو بغرامة لاتقل عن ثلاث مئة دينار ولاتزيد على ألف دينار كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة ، وتكون العقوبة الحبس مدة لاتقل عن ثلاث سنوات ولاتزيد على خمس سنوات إذا عقد زواجا آخر مع قيام الزوجية " .

تهدف هذه الفقرة إلى حمل الرجل على تسجيل الزواج في المحكمة لأن في عدم التسجيل آثار سلبية فمن المحتمل أن ينكر أحدهما الزوجية أو ينكر نسب الأطفال وقد يصعب الإثبات عند وفاة العاقد أو الشهود الذين أجروا عقد النكاح خارج المحكمة .

---

(١) الدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية : ص ٥٨ .

ونؤكد مرة أخرى على أن العقود المبرمة خارج المحكمة صحيحة إذا استوفت شروطها وأركانها وتنتج آثارها ولكن المخالف يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في هذه المادة مع بقاء العقد صحيحا .

المبحث الثاني

إثبات الزوجية

أولا : الإثبات بالإقرار :

نصت المادة الحادية عشر على مايأتي :-

" ١- إذا أقر أحد لإمرأة أنها زوجته ولم يكن هناك مانع شرعي أو قانوني وصدقته ثبتت زوجيتها له بإقراره ".

" ٢-إذا أقرت المرأة أنها تزوجت فلانا وصدقها في حياتها ولم يكن هناك مانع قانوني أو شـــرعي ثبت الـــزواج بينهما ، وإن صدقها بعد موتهافلا يثبت الزواج " .

أورد المشرع العراقي في هذه المادة وسيلة أخرى لإثبات الزوجية وهي الإقرار ، إلى جانب التسجيل في المحكمة الوارد في المادة العاشرة .

فإذا إدعت إمرأة بأنها تزوجت رجلا وأقر ذلك الرجل بزواجه منها ثبتت الزوجية بالإقرار دون حاجة إلى دليل آخر مالم يكن هنالك مانع شرعي أو قانوني .

والمانع الشرعي كأن تكون المرأة محرمة على الرجل حرمة مؤبدة أو مؤقتة ، والمانع القانوني كأن يكون أحد الطرفين فاقد الأهلية ، أو ناقص الأهلية ، ولم يؤيد وليه الشرعي صحة عقد الزواج ، وكذلك الحال في دعوى المرأة على الرجل إلا أن المشرع إشترط أن يكون تصديق الرجل لها أثناء حياتها ، أما إذا كذبها في حياتها ثم صدقها بعد موتها فلا يقبل هذا التصديق بمجرده ، لأنه مظنة الطمع ببعض التركة ، وهذا لايعني أن الرجل يمنع من إثبات الزواج بالأدلة المعتبرة التي سنذكرها لاحقا .

ونوضح ماتقدم أكثر بأنه إذا قدم الزوجان عريضة للمحكمة وأيدا فيها زواجهما بتأريخ معين ، وعلى مهر معلوم ، وطلبا تصديق الزواج تتأكد المحكمة من هويتهما بالمستندات المعتبرة ، كما تتأكد من إنتفاء الموانع الشرعية والقانونية بما هو مرفق

مع الطلب من الأدلة المقنعة ، فإذا تصادقا على الزوجية أمام القاضي تصدق المحكمة الزواج من تأريخ وقوعه ويوقع الزوجان مع شاهدين في سجل تصديق الزواج وهذا يعتبر إقرارا .

وتجب الإشارة إلى أن ثبوت الزوجية بالإقرار والتصديق لايرفع العقوبات المنصوص عليها في الفقرة الخامسة من المادة العاشرة والخاصة بإجراء عقد الزواج خارج المحكمة .

ثانيا : الإثبات بالوسائل الأخرى :

تقدم الكلام عن إثبات الزوجية بالإقرار ، وسنتناول بالذكر هنا إثبات الزوجية بغير الإقرار بأن يدعي الرجل أو المرأة الزوجية وينكر الطرف الآخر ذلك وحينئذ يكلف المدعي منهما بالإثبات ، فإذا كانت المرأة هي المدعية (مثلا) وأنكر الرجل ذلك هنا تكلف المدعية بإيراد الدليل على صحة دعواها، ومن الأدلة على ذلك البينة الشخصية [(١)] وتتألف من شهادة رجلين أو رجل و إمرأتين [(٢)] ولاتقبل شهادة شاهد واحد [(٣)] كما لا تقبل شهادة شاهد واحد مع يمينه .[(٤)]

وليس من الواجب أن يكون الشاهد قد حضر مجلس العقد أو حفلة الزفاف بل يكفي أن يشهد بأن المدعى عليه يسكن مع المدعية ويعاشرها معاشرة الأزواج، يبيت عندها ليلا ويخرج نهارا ويشترى اللوازم البيتية وأن المشهور بين الناس أن المدعية زوجة للمدعي .[(٥)]

---

(١) قرار محكمة التمييز رقم ١٦٩٢ في ١٩٧٤/١٢/١٧ .

(٢) عبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص ٥٢ .

(٣) قرار محكمة التمييز رقم ١٠٨١ في ١٩٦٩/١٢/٢٣ .

(٤) عبدالقادر إبراهيم ، المصدر السابق ، الإشارة السابقة .

(٥) جاء في قرار محكمة التمييز رقم ٣٥٠ في ١٩٧٧/٤/١٦ : أن ثبوت تردد المدعي عليه على دار المدعية ليلا ونهارا وإشتهاره بين أهالي المنطقة بأنه زوج المدعية و والد أولادها يعتبر قرينة تدل دلالة واضحة على قيام الزوجية بين المتداعيين وعلى أبوة المدعى عليه لأولاده من المدعية .

ويجوز أيضا الإستناد إلى الرسائل المتبادلة بين الرجل والمرأة التي يؤخذ منها وجود الزوجية بين المدعية والمدعى عليه .

كما يمكن الإستناد إلى الورقة العرفية لعقد الزواج خارج المحكمة الموقعة من قبل الزوجين ، وعند إنكار المدعى عليه فإن بالإمكان التحقيق من صحة التوقيع من قبل الخبراء في التحقيق الجنائي .[١]

وعند تقديم الورقة العرفية لعقد الزواج لإثبات الزوجية فإن على المحكمة الإستماع إلى شهادات شاهدي العقد والعالم الديني الموقعين على العقد .[٢]

وإذا لم تتمكن المدعية من الإثبات بالأدلة والقرائن المعتبرة عندئذ يمنح حق تحليف المدعى عليه اليمين [٣] فإذا حلف ردت دعوى الزوجة المدعية وإذا نكل حكم للمدعية بصحة الزواج .

وإذا إعترف المدعى عليه بالزوجية لكن إدعى أنه قد طلقها حينئذ يصبح المدعى عليه هو المدعي وينتقل إليه عبء الإثبات وبإمكانه إثبات الطلاق بأحكام المحاكم أو شهادة الشهود أو الأوراق التحريرية المعتبرة والنكول عن اليمين .

هذا فيما إذا كان الزوج حيا وحاضرا ، أما إذا كان الزوج مفقودا أو أسيرا فإن الدعوى تقام على القيم عليهما ، ولا يجوز أن تقام على أبيه أو أخيه أو أحد أقاربه إلا إذا كان قيما على المفقود أو الأسير ، ويبرز القيم حجة القيمومة الصادرة من محكمة الأحوال الشخصية أو محكمة البداءة ، ولا يجوز الإستناد إلى إقرار القيم بمجرده لثبوت الزوجية كما لايحلف القيم اليمين عند عدم تمكن المدعية من الإثبات .[٤]

وفيما يتعلق بالمفقود فإنه يصح الحكم بثبوت زواج المدعية من المفقود إستنادا إلى دائرة التجنيد المختصة ، وحجة القيمومة ، وعقد الزواج العرفي ، والبينة الشخصية .[٥]

---

(١) عبدالقادر إبراهيم ، المصدر السابق ، الإشارة السابقه .

(٢) قرار رقم ٢٥٥ في ١٩٨٦/١٠/١١ .

(٣) قرار رقم ١٢ في ١٩٨٤/٨/٢٩ .

(٤) عبدالقادر إبراهيم ، المصدر السابق : ص ٥٣ .

(٥) قرار رقم ٧٩٣ في ١٩٨٣/١٢/٢٠ .

وإذا كان المدعى عليه عديم الأهلية كالمجنون أو ناقصها كالمعتوه أوكان مصابا بخرف الشيخوخة فإنه يجب أن يمثله قيم فإن لم يكن له قيم كانت مديرية رعاية القاصرين هي القيم قانونا .

وفي بعض الأحيان تنصب المحكمة قيما مؤقتا على الصغير أو المفقود أو الأسير لغرض الخصومة .

وإذا كان أحد الزوجين متوفى فإن دعوى الزوج الآخر الحي تقام على أحد ورثة الزوج المتوفى كالأب أو الأم أو أحد أولاده الكبار ولا تقام الدعوى إلا على من كان وارثا .

وإذا كان الورثة صغارا فإن الدعوى تقام على الوصي عليهم أو القيم المؤقت المنصوب من قبل المحكمة ، ولابد هنا أيضا أن يكون المدعى عليه الخصم وارثا و يبرز القسام الشرعي الخاص بالمتوفى .

وإذا توفى الزوجان وأرادت الورثة إثبات الزوجية فإن ورثة أحد الزوجين يقيمون الدعوى على ورثة الزوج الآخر .

وفي حالة ما إذا كانت الورثة قاصرين فوصيهم يقيم الدعوى على وصي القاصرين من ورثة الزوج الآخر .

وإذا توفى أحد الزوجين ولم يكن له وارث فإن الدعوى تقام على الإدارة المحلية لأن الدولة وارثة من لاوارث له .[1]

---

(١) عبدالقادر إبراهيم ، المصدر السابق : ص ٥٣-٥٤ .

الفصل الخامس

الولاية والوكالة والكفاءة في عقد الزواج



المبحث الأول

الولاية على الزواج

الولاية في اللغة هي النصرة وقيام الشخص بأمر غيره .

وإصطلاحا : هي القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة من غير توقف على أحد .

والولاية نوعان :-

١. الولاية على المال : وهي القدرة على إنشاء العقود والتصرفات المتعلقة بالأموال نافذة من غير توقف على إجازة أحد .
٢. الولاية على النفس : وهي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا من غيرتوقف على إجازة أحد .

والولاية على النفس هي التي تعنينا هنا وهي نوعان :-

١. الولاية القاصرة : وهي قدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه .
٢. الولاية المتعدية : وهي قدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على غيره .

والولاية المتعدية قسمان :-

١. ولاية الإجبار (ولاية الحتم والإيجاب) : وهي التي يكون للولي الحق في تزويج من تحت ولايته دون أن يكون له حق الرفض أو الإعتراض ، كتزويج الأب إبنه أو إبنته الصغيرين أو المعتوهين .
٢. ولاية الإختيار : وهي التى لايملك الولي فيها الحق في تزويج الغير بدون رضاه ، بل لابد من رضاه ورضا الولي وإشتراكهما في الإختيار وبعد تحقق الرضا منهما يتولى الولي عقد الزواج كأن يزوج الولي إبنته البالغة العاقلة .

ولقد أفاض الفقهاء الكلام حول من تثبت عليه ولاية الإختيار والإجبار يطول ذكره وسنذكر فيمايأتي خلاصة له .

لاخلاف بين الفقهاء حول جواز أن يزوج الرجل البالغ العاقل نفسه بالأصالة عن نفسه ، كما أنه لاخلاف بينهم في ثبوت ولاية الإجبار على الصغار والمجانين لكنهم إختلفوا بشأن زواج المرأة البالغة العاقلة .

فذهب الحنفية والجعفرية إلى أن لها أن تزوج نفسها بدون حاجة إلى الولي ، وذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز ذلك ، وقالوا بأن وليها هو الذي يزوجها غير أن الحنابلة قالوا لاتزوج إلا بإذنها ثيباً كانت أم بكرا ، وقال المالكية والشافعية تزوج بإذنها إن كانت ثيباً أما إذا كانت بكرا فلا تستأذن [1] ولقد أخذ قانون الأحوال الشخصية برأي الحنفية والجعفرية إذ نصت المادة الرابعة منه على أنه " ينعقد الزواج بإيجاب يفيده لغة أو عرفا من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه " .

فلم تشترط هذه المادة حضور الولي ، وتؤكد هذا المادة التاسعة فقد نصت الفقرة الأولى منها على أنه " لايحق لأي من الأقارب أو الأغيار إكراه أي شخص ذكرا كان أم أنثى على الزواج دون رضاه ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلا إذا لم يتم الدخول ، كما لايحق لأي من الأقارب أو الأغيار منع من كان أهلا للزواج بموجب أحكام هذا القانون من الزواج " .

إلا أن القانون إشترط موافقة الولي الشرعي في زواج ناقص الأهلية غير أن من الممكن إعتبار هذه الولاية ولاية إختيار لا ولاية إجبار بدليل أنه لم يأخذ بإعتراض الولي إذا كان غير جدير بالإعتبار .

شروط الولي :

يشترط في الولي ما يأتي :

١. أن يكون كامل الأهلية : فلا ولاية للمجنون والمعتوه وفاقد الوعي لمرض أو شيخوخة على غيره ، كما لاولاية للصغير على غيره ولوكان مميزا . [2]

---

(١) ينظر : الكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ٣٩١/٢ ، والكاساني ، بدائع الصنائع : ٢٤١/٢ ، والشربيني ، مغني المحتاج : ١٤٩/٣ ومابعدها ، وإبن قدامة المقدسي ، المغني : ٤٥٦/٦ – ٤٦٠ ، وإبن جزي القوانين الفقهية ، المصدر السابق : ص ١٩٩–٢٠٠ ، والدكتور وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته : ٦٦٩٧/٩ .

(٢) إبن قدامة المقدسي ، المصدر السابق : ٦/ ٤٦٥ – ٤٦٦ .

٢. أن يتحد دين الولي مع دين المولى عليه ، فلا ولاية لغير المسلم على المسلم ولاللمسلم على غير المسلم في الزواج [١] ، فلو أسلمت فتاة كتابية وأشهرت إسلامها ثم راجعت المحكمة تريد الزواج من شخص مسلم وهي دون الثامنة عشر من العمر ، فالحال هنا يتطلب حضور وليها ، فإذا كان أبوها كتابيا فإن الولاية تنتقل إلى القاضي إلا إذا كان لها أخ مسلم فعندئذ يكون هو الولي عليها .

وإذا كان للفتاة الكتابية أخوان أحدهما مسلم والثاني كتابي فإن الولي عليها يكون الأخ الكتابي .

وتجب الإشارة هنا إلى أن القاضي له ولاية عامة ، فإذا كان قاضي محكمة البداءة مسلما تنتقل إليه ولاية التزويج لفتاة كتابية لم تكمل الثامنة عشر من العمر فيما إذا إمتنع أبوها من تزويجها دون أسباب مقبولة جديرة بالإعتبار[٢]، ومن الجدير بالذكر أن قاعدة إتحاد الدين تطبق في مسألة الولاية على المال أيضا فلا يجوز لغير المسلم أن يكون وليا أو وصيا أو قيما على المسلم كما لاينصب المسلم وصيا أو قيما على غير المسلم [٣] .

ترتيب الأولياء :

يقصد بترتيب الأولياء ذكر من له الأولوية في الولاية على غيره سواء عند الإنفراد أو الإجتماع .

وعند الحنفية هناك نوع واحد من الولاية وهي ولاية الإجبار وتثبت هذه الولاية للأقارب العصبات وعلى الترتيب الآتي .[٤]

---

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع : ٢٣٩/٢ ، يونس الهبوتي ، كشاف القناع على متن الإقناع ، الجزء الخامس : ٥/ ٥٥ ومابعدها .

(٢) عبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص ٢٥ .

(٣) المصدر السابق ، الإشارة نفسها .

(٤) المقصود بالعصبة النسبية ، كل قريب ذكر لاتنفرد انثى بالتوسط بينه وبين قريبه فالرابط بين الشخص وعمه هو الأب وليست بينهما أنثى ، أما الرابط بين الشخص وخاله هو الأم ولذلك يعد العم من العصبة ولايعد الخال من العصبة .

١- الأقارب من العصبة النسبية وهم أربعة اصناف :-

أ- البنوة ويراد منها الإبن وإبن الإبن وإن نزل .

ب- الأبوة ويراد منها الأب أب الأب وإن علا .

ت- الأخوة ويراد منها الأخ وإبن الأخ وإن نزل لأبوين كانا أو لأب .

ث- العمومة ويراد منها العم وإبن العم وإن نزل لأبوين أو لأب .

فإذا وجد أحد هؤلاء ولم يكن له مزاحم كان هو الولي ، وإن تعدد الأقرباء فالترجيح بينهم يكون بإعتبار الجهة فجهة البنوة تقدم على جهة الأبوة ، فإذا إجتمع الإبن مع الأب يقدم الإبن وهكذا طبقا للتسلسل الوارد .

وعند إجتماع الأقارب من جهة واحدة يكون التفاضل بينهم بقرب الدرجة فالأخ مقدم على إبن الأخ .

وعند تساوي الأقرباء في الجهة والدرجة يكون التفاضل بينهم بقوة القرابة فإن كانوا إخوة يقدم الأخ لأبوين على الأخ لأب وهكذا ،وعند تساويهم في الجهة والدرجة وقوة القرابة كأن كانوا جميعا إخوة أشقاء (أي لأب و أم) أو كانوا جميعا إخوة لأب ثبت لكل واحد منهم الولاية كاملة وأيّ واحد منهم تولى العقد كان العقد صحيحا ونفذ على الباقين ولايحق لأحد منهم الإعتراض عليه .(١)

٢- الأقارب غير العصبات :

وهؤلاء مرتبون على الرأي الراجح في الفقه الحنفي على الوجه الآتي (٢) :

أ. الأصول : وهم الأم وأم الأب ، وأم الأم .

ب. الفروع : وهم البنت وبنت الإبن ثم بنت البنت ، ثم بنت إبن الإبن ثم بنت بنت البنت وبعد هؤلاء يأتي الجد لأم .

ج. فروع الأبوين : وهم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأب ثم الأخ والأخت لأم .

د. فروع الجدين : وهم العمات مطلقا ، والأعمام لأم ثم الأخوال والخالات ثم أولادهم .

---

(١) الكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ٢/ ٤٠٧ .

(٢) محمد حسين الذهبي ، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة والجعفرية : ص ٩٩ .

وإذا لم يوجد أحد من هؤلاء أو وجد لكنه لم يكن مستوفيا لشروط الولاية إنتقلت الولاية للقاضي ولايجوز للقاضي حينئذ أن يزوج من تحت ولايته من نفسه أو ممن لاتقبل شهادته لهم وهم أصله وفرعه .(١)

والترتيب الوارد للأولياء يراعى في موضوع الزواج ، أما الولاية على المال فإن المـادة (٢٧) من قانون رعاية القاصرين نصت على أن " ولي الصغير هو أبوه ثم المحكمة " ومعنى ذلك أن الجد لايعتبر وليا في الموضوعات المتعلقة بالمال والتصرفات الماليه بل تنحصر ولايته في مجال الزواج .(٢)

إنتقال الولاية :

تنتقل الولاية من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد في الحالات التاليه :

١-إذا تم التأكد من فقدان الولي الأقرب ، أو تعذر أخذ رأيه لبعد مكان إقامته أو لسبب آخر وكان الخاطب كفؤا ويخشى من فوات الفرصة المناسبة على الفتاة ، حينئذ

---

(١) الدكتور وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته : ٦٧٠٥/٩ ،وعبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص ٢٤ .

وترتيب الأولياء عند الشافعية هو كالآتي : الولي المجبر عندهم هو الأب والجد وإن علا ، والولي غير المجبر هو الأب والجد وباقي العصبات وهم : الأب ثم أبو الأب وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم إبن الأخ الشقيق ثم إبن الأخ لأب وإن سفل ثم العم ثم سائر العصبة من القرابة كالإرث فإن لم يوجد فللقاضي .

وعند المالكية تثبت ولاية الإجبار : للأب ثم لوصي الأب إذا عين الأب للوصي الزوج ، وألايقل عن مهر المثل وألايكون الزوج فاسقا .

وتثبت ولاية الإختيار عندهم للإبن وإبنه وإن نزل ، ثم الأب ،ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ، ثم إبن الأخ الشقيق ثم إبن الأخ لأب ثم الجد أبو الأب ثم العم ثم إبن العم على أن يقدم الشقيق على غيره ، ثم أب الجد ثم العم لأب ثم إبنه ثم عم الجد فإبنه ، ويقدم الأفضل عند التساوي في الرتبة ، فإن تساوى إثنان في الرتبة والعلم كإخوة كلهم علماء قدم الحاكم إن وجد من يراه فإن لم يكن حاكم أقرع بينهم .. ثم الكافل للمرأة غير العاصب وهو من قام بتربية الفتاة وهي صغيرة حتى بلغت عنده أو بلغت عشرا .. ثم الحاكم .

وعند الحنابلة تثبت ولاية الإجبار للأب ووصي الأب بعد موته ثم الحاكم عند الحاجة ، والولي غير المجبر : بقية الأقارب العصبات الأقرب فالأقرب كالإرث .

(٢) عبدالقادر إبراهيم ، المصدر السابق : ص ٢٤ .

تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد ، ويكون العقد نافذا ، وإذا حضر الولي الأقرب بعد العقد وإعترض على الزواج لايؤخذ إعتراضه بنظر الإعتبار .[1]

٢-إذا وكل الولي القريب من هو أبعد منه .

٣-إذا عضل الولي القريب من تحت ولايته عن الزواج من الكفء ومهر المثل فإن الولاية تنتقل إلى القاضي على الرأي الراجح في الفقه الحنفي .

٤-إذا فقد الولي الأقرب شرطا من شروط الولاية كإتحادالدين .

أحكام تزويج الأولياء :

تتنوع أحكام تزويج الأولياء تبعا لتنوع الأولياء وعلى الوجه الآتي :-

١. إذا كان الولي هو الأب أو الجد المعروفين بحسن التصرف يكون الزواج صحيحا نافذا لازما ولايثبت للصغير أوالصغيرة حق فسخ العقد بعد بلوغهما، ولوكان الزوج غير كفء وبأقل من مهر المثل بالنسبة للصغيرة وبأكثر من مهر المثل بالنسبة للصغير .

٢. إذا كان الولي هو الأب أو الجد المعروفين بسوء التصرف ، فإذا زوج أحدهما الصغيرة بكفء وبمهر المثل صح التزويج ، وإلا لم يصح العقد .

٣. إذا كان الولي غير الأب والجد بأن كان الأخ أو العم و زوج أحدهما الصغيرة من غير كفء وبأقل من مهر المثل لم يصح العقد ، وإذا كان الزواج من كفء وبمهر المثل كان العقد صحيحا غير لازم وللصغيرة خيار الفسخ عند البلوغ .

ولكن الذي يظهر من عدة قرارات صادرة من محكمة التمييز أن إتجاه المحكمة هو إعتبار العقد الذي يجريه الأب أو الجد صحيحا نافذا لازما من غير تفرقة بين كونهما معروفين بحسن التصرف أو سوء التصرف ومن تلك القرارات قرار رقم (٦٨١) في (١٩٦٩/١٠/٢٠) الذي يقضي بأن " الأب له الولاية على الصغيرة بحكم الشرع وإذا عقد زواج إبنته الصغيرة صح العقد ولزم " .

ويبدو أن هذا الحكم مقيد بما إذا كانت في الزواج مصلحة للصغيرة ، بدليل أن هذه المحكمة ذهبت في القرار رقم (٢٠٥١) في (١٩٧١/٢/٢٣) إلى أن زواج البنت القاصرة يكون باطلا وإن أجراه أبوها إذا لم تكن فيه مصلحة لها عند العقد .

---

(١) محمد حسين الذهبي ، الأحوال الشخصية بين أهل السنة والجعفرية : ص ١٠١ .

المبحث الثاني

الوكالة في عقد الزواج

لم يبين قانون الأحوال الشخصية موضوع التوكيل في الزواج وإنما أشار إليه إشارة مقتضبة في المادة الرابعة ونصها : " ينعقد الزواج بإيجاب يفيده لغة أو عرفا من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه " .

ومعنى ذلك أن القانون ترك التفصيل لقواعد الفقه الإسلامي والتشريعات المختلفة .[1]

وسنتكلم فيمايأتي عن أهم الأحكام المتعلقة بالوكالة :-

تعريف الوكالة : " الوكالة هي إقامة شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم " .[2]

ومن القواعد المقررة شرعا أن من ملك تصرفا جازله أن يوكل فيه غيره [3]، وبناء على ذلك ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المرأة وأن كانت بالغة عاقلة لاتملك حق توكيل غيرها في زواجها لأنها لاتملك عندهم حق مباشرة عقد زواجها بنفسها ، غير أن فقهاء الحنفية والجعفرية ذهبوا إلى جواز توكيلها لغيرها لأنها عندهم تملك حق مباشرة عقد زواجها بنفسها وبهذا الرأي أخذ قانون الأحوال الشخصية .

وتأسيسا على القاعدة المشار إليها أيضا لايصح توكيل فاقد الأهلية أو ناقصها [4]، ولا يجوز للوكيل أن يوكل غيره إلا إذا أذن له الموكل .

وبما أن الوكيل سفير ومعبر عن الموكل فإن مهمته تنتهي بإجراء العقد ، ولايرجع إليه شيء من حقوق العقد [5]،فإذا كان وكيلا عن الزوج لايطالب بتسليم المهر وإذا كان وكيلا عن الزوجة لايطالب بقبض المهر ، إلا إذا إلتزم الوكيل بما تقدم ذكره وحينئذ يطالب بتنفيذ ما إلتزم به بناء على إلتزامه لابمقتضى وكالته .[6]

---

(١) الدكتور أحمد علي وآخرون ، شرح قانون الأحوال الشخصية : ص ٥٨ .

(٢) محمد حسين الذهبي ، المصدر السابق : ص ١١٠ .

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع : ٦/ ٢٠ ، ومحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج : ٢/ ٢١٧.

(٤) الدكتور أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي : ص ١٤٥ .

(٥) المرغيناني ، الهداية : ١/ ٢٠٣ .

(٦) محمد حسين الذهبي ، المصدر السابق ، ص ١١١ .

أحكام تصرفات الوكيل :

القاعدة المقررة في تصرفات الوكيل أن مايقوم به في حدود وكالته يكون نافذا على الموكل أما إذا خالف حدود وكالته ، أوكان متهما في تصرفه فإن العقد يكون موقوفا على إجازة الموكل .

وبوجه عام يمكن تصنيف أحكام تصرفات الوكيل على الوجه الآتي :-

١. إذا كان الموكل هو الرجل وكانت الوكالة مطلقة فزوجه الوكيل من إمرأة غير سليمة أو بمهر يزيد عن مهر المثل أو زوجه بمن يكون في زواجها تهمة تعود على الوكيل كما لو زوجه بنته أو من تحت ولايته ، فإن العقد يكون موقوفا على إجازة الموكل على الرأي الراجح لأن الإطلاق في الوكالة مقيد بالعرف والمعروف عرفا كالمشروط شرطا .

٢. إذا كان الموكل هو الرجل وكانت الوكالة مقيدة بإمرأة معينة أو بصفة بعينها أو بمهر معين وخالف الوكيل في ذلك كان العقد موقوفاً على إجازة الموكل ، إلا إذا كانت المخالفة في مقدار المهر وكان في المخالفة خير لموكل كأن يزوجه بأقل من المهر الذي حدده فحينئذ يكون الزواج نافذا .

٣. إذا كانت المرأة هي الموكلة وكانت الوكالة مطلقة غير مقيدة برجل معين أو مقدار محدد من المهر فزوجها الوكيل من رجل به عيب أوبأقل من مهر المثل فإن العقد صحيح نافذ عند أبي حنيفة وموقوف على إجازتها عند الجعفرية وبعض فقهاء الحنفية .

٤. إذا كانت المرأة هي الموكلة وكانت الوكالة مقيدة كأن ذكرت مقدارا محددا من المهر وخالف الوكيل فزوجها بأقل من المهر المحدد يكون العقد موقوفا على إجازتها أما إذا كانت في المخالفة مصلحة لها كان العقد نافذا .

المبحث الثالث

الكفاءة في عقد الزواج

الكفاءة في إصطلاح الفقهاء هي كون الزوج مساويا للزوجة أو أعلى منها في أمور مخصوصة .

وقد إختلف الفقهاء في إشتراط الكفاءة فذهب بعضهم إلى أن الكفاءة ليست شرطا أصلا فيصح الزواج ويلزم سواء كان الزوج كفءًا للزوجة أم غير كفء و من أهم ما إستدلوا به على صحة رأيهم :-

١. قوله تعالى " إن أكرمكم عندالله أتقاكم " .(١)

٢. قوله صلى الله عليه وسلم : " الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي ، إنما الفضل بالتقوى " .(٢)

وذهب جمهور الفقهاء إلى إشتراط الكفاءة مستدلين بأدلة أهمها :

١. قوله صلىالله عليه وسلم : " لاتزوج النساء إلا الأولياء ولايزوجوهن إلا من الأكفاء " . (٣)

٢. إن الزواج يراد لمصالح عديدة وهذه المصالح لاتنتظم إلا إذا كان هناك تقارب بين الزوجين ، وإنعدام التكافؤ قد يمنع هذا التقارب ، وأجابوا عن الدليل الذي إستدل به عدم المشترطين للكفاءة بأن المساواة مطلوبة في الحقوق والواجبات والمسؤوليات لا في الإعتبارات الشخصية التي تقوم على أعراف الناس وتقاليدهم .(٤)

---

(١) سورة الحجرات : آية ١٣ .

(٢) الصنعاني ، سبل السلام : ١٢٩/٣ .

(٣) إبن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري : ١٣٣/٩ .

(٤) ينظر : الكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ٤١٧/٢ ، والكاساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ٣١٧/٢، والشربيني مغني المحتاج لمعرفة الفاظ المنهاج : ١٦٤/٣ ، ومحمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الجزء الثاني ، ص ٢٤٨ ، وإبن قدامة المقدسي ، المغني مع الشرح الكبير : ٤٨٠/٦ .

نوعية شرط الكفاءة :

إختلف الفقهاء القائلون بإشتراط الكفاءة حول نوع الشرط ، هل التكافؤ بين الزوجين شرط صحة أو شرط نفاذ أو شرط لزوم ؟

فذهب جمهور الفقهاء إلى إعتباره شرط لزوم للعقد (١) ، وذهب بعض الفقهاء كالحنفية (٢) إلى جعل الكفاءة شرطا لصحة الزواج في بعض الحالات وشرطا لنفاذه في بعض الحالات وشرطا للزومه في حالات أخرى .

تكون الكفاءة عندهم شرطا لصحة العقد في الحالات الآتية :

١. إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من غير كفء أو بغبن فاحش وكان لها ولي عاصب لم يرض بهذا الزواج قبل العقد لم يصح الزواج اصلا .
٢. إذا تولى غير الأب والجد زواج عديم الأهلية أو ناقصها من غير كفء لم يصح الزواج لأن ولاية هؤلاء منوطة بالمصلحة ولا مصلحة في التزويج بغير كفء .
٣. إذا زوج الأب أو الإبن المعروف بسوء الإختيار عديم الأهلية أو ناقصها من غير كفء وبغبن فاحش لم يصح النكاح وكذلك إذا قام سكران بتزويج إمرأة من شخص شرير أو ذي حرفة غير مرموقة لإنعدام المصلحة في هذا الزواج ، وإذا كان الولي المزوج أبا أو جدا لم يعرفا بسوء الإختيار فإن تزويجها بغير الكفء يكون صحيحا لازما .

وتكون الكفاءة شرطا لنفاذ الزواج إذا وكلت البالغة العاقلة شخصا في زواجها فزوجها من غير كفء فإن العقد يكون موقوفا على إجازتها ، ويرى البعض أن توقف العقد هنا ليس بسبب إنعدام الكفاءة على وجه التحديد بل هو بسبب مخالفة شروط

---

(١) هذا هو الرأي المعتمد عند المالكية والأظهر عند الشافعية وأشهر الروايتين عند الحنابلة ، أنظر : محمد بن عرفه الدسوقي ، حاشية الدسوقي :٢/ ٢٤٨ ، والشربيني.. مغني المحتاج : ١٦٤/٣ ، ويونس البهوتي كشاف القناع : ٧١/٢ .

(٢) في المذهب الحنفي روايتان أحداهما أن الكفاءة شرط صحة وهذه الرواية أختيرت للفتوى في المذهب ، والرواية الثانية ان الكفاءة شرط لزوم لاشرط صحة ويفتى بهذه الرواية أيضا .

الموكل [1] ، وهذا الإنتقاد في محله .

وتكون الكفاءة شرطا للزوم عقد الزواج إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من غير كفء كان لوليها العاصب حق الإعتراض .

الجانب الذي تشترط فيه الكفاءة :

تشترط الكفاءة في جانب الزوج وحده فلو تزوج رجل بإمرأة أقل منه شأنا في عرف الناس وعاداتهم لايعد مخلا بالكفاءة ، أما المرأة فإذا تزوجت من رجل أقل منها شأنا في عرف الناس وعاداتهم فإن الكفاءة تشترط في هذه الحالة ، إلا أن هنالك حالتين تعتبر الكفاءة من جانب الزوجة إستثناء من الأصل العام وهما :-

١. أن يوكل رجل من يزوجه توكيلا مطلقا فعندئذ يجب على الوكيل أن يزوجه من إمرأة متكافئة معه .

٢. إذا قام غير الأب والجد بتزويج القاصر ، فالعقد لايكون لازما إلا إذا توفر شرط الكفاءة في الزوجة .[2]

صاحب الحق في الكفاءة :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الكفاءة حق للزوجة ولأوليائها فإذا أسقطت الزوجة حقها في الكفاءة كان لأوليائها الإعتراض على الزواج ، وإذا أسقط الأولياء حقهم في الكفاءة كان للزوجة الإعتراض وطلب فسخ العقد .

وذهب الجعفرية إلى أن الكفاءة حق للزوجة وحدها فإذا أسقطت الزوجة حقها في الكفاءة وتزوجت من رجل لايكافئها لم يكن لأوليائها الحق في الإعتراض .

الصفات المعتبرة في الكفاءة :

إختلف الفقهاء بهذا الصدد والسبب في ذلك يعود إلى كون العرف هو المحدد للصفات المعتبرة في الكفاءة وعدم إعتبارها .

فما عده الناس في عصر من العصور من الصفات الحميدة ومن مفاخرهم كانت تلك الصفات معتبرة في الكفاءة مالم تتعارض مع نص من النصوص .

---

(١) الدكتور عبدالرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري : ١/٢٠٥ .

(٢) الدكتور أحمد على وآخرون ، شرح قانون الأحوال الشخصية : ص ٦٣ .

ومن الصفات التي ذكرها الفقهاء في الكفاءة :

الدين ، النسب ، الحسب ، الحرفة ، اليسار ، وإمكان القيام بالإنفاق ، والخلو من العيوب ، والعلم ونحو ذلك .[1]

وقت إشتراط الكفاءة :

الكفاءة معتبرة وقت إنشاء العقد فقط ، فإذا كان الزوج عند العقد كفءًا ثم تغير حاله بعد العقد كأن تغيرت حرفته ونحو ذلك فإن ذلك لايؤثر في لزوم العقد .

الكفاءة في القانون :

لم يتطرق قانون الأحوال الشخصية إلى الكفاءة، فلم ينص على كونها شرطا لصحة الزواج أو نفاذه أو لزومه ولكن في ضوء المادتين الرابعة والتاسعة من هذا القانون يمكن القول بأن القانون إعتبر الكفاءة حقا للزوجة وحدها أخذا بما ذهب إليه الفقه الجعفري ،وعليه إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من غير كفء لم يكن لأوليائها الحق في الإعتراض وطلب فسخ العقد لأنه بموجب إطلاق نص المادة التاسعة يعتبر هذا الإعتراض منعا من الزواج وتترتب على هذا المنع العقوبة المنصوص عليها .

وبالنسبة للعقود التي تبرم خارج المحاكم فإذا زوج الولي الصغيرة من غير كفء فإن بإمكان القضاء إعتبار العقد فاسدا إذا لم تكن في هذا الزواج مصلحة للصغيرة عملا بالرأي الذاهب في مذهب الحنفية إلى إعتبار الكفاءة شرطا من شروط الصحة وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز في أحد قراراها .

ويمكن للقضاء أن يذهب في المثال الذي سبق ذكره إلى إعتبار العقد غير لازم ويعطي حق الإعتراض وطلب الفسخ للمرأة على إعتبار الكفاءة شرطا من شروط اللزوم لأن إعتبارها شرط لزوم هو رأي ثان مفتي به عند الحنفية .

وتجب الإشارة إلى أن المادة الثامنة من القانون إعتبرت موافقة الولي على زواج ناقص الأهلية شرطا لإعطاء الإذن بالزواج من قبل المحكمة ، وعليه فإذا اعترض الولي على الزواج محتجا بعدم الكفاءة فللقاضي أن يعتبر هذا الإعتراض جديرا بالإعتبار ولايأذن بالزواج .

(١) ينظر مثلا : نصر بن محمد السمر قندي ، خزانة الفقه وعيون المسائل ، تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي : ص ١٥٣ .

الباب الثاني
المحرمات وزواج الكتابيات

تمهيد

سبق الكلام بأن الحرمة بين الرجل والمرأة إذا كانت قطعية ومتفقا عليها بين الفقهاء أدت إلى بطلان العقد ، أما إذا كانت ظنية ومختلفا فيها بين الفقهاء أدت إلى فساد العقد ، غير أن المشرع العراقي لم يفرق بين الحرمة القطعية والحرمة الظنية حيث إعتبر عدم وجود الحرمة بين الزوجين وبصورة مطلقة شرطا لصحة الزواج ، وهذا يعني أنه إعتبر العقد فاسدا في الحالتين [1] ، فقد نصت المادة الثانية عشرة على أنه " يشترط لصحة عقد الزواج أن تكون المرأة غير محرمة شرعا على من يريد التزوج بها " .

وكان الصواب أن يقول : " يشترط لإنعقاد العقد أن تكون المرأة غير محرمة تحريما قطعيا على من يريد التزوج بها ،وإذا كانت الحرمة ظنية كان العقد فاسدا " .

أسباب التحريم :

بعد أن ذكر المشرع تأثير الحرمة في العقد في المادة الثانية عشر جاء وبين في المادة التي تليها أسباب التحريم ، ونصها :-

" أسباب التحريم قسمان مؤبدة و مؤقتة ، فالمؤبدة هي القرابة والمصاهرة والرضاع ، والمؤقتة الجمع بين الزوجات يزدن على أربع ، وعدم الدين السماوي ، والتطليق ثلاثا ، وتعلق حق الغير بنكاح أو عدة ، وزواج أحد المحرمين مع قيام الزوجية بالأخرى " .

وسنتكلم فيما يأتي عن الحرمة المؤبدة والحرمة المؤقتة :

أولا : المحرمات تحريما مؤبدا

ويقصد بالتحريم المؤبد : التحريم الناشئ عن سبب غير قابل للزوال .

وأسباب التأبيد لحرمة التزوج بالنساء ثلاثة :

١ . المحرمات بسبب القرابة (النسب) :

المحرمات بسبب القرابة تنحصر في الأصناف الأربعة التالية :-

أ- أصول الرجل من النساء وهى : الأم و أم الأم وإن علت و أم الأب ، و أم الجد وإن علت .

(١) الدكتور أحمد الكبيسى ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية : ص ٦٩ .

ب–فروع الرجل من النساء وهي : البنت وماتناسل منها ، وبنت الإبن ، وإن نزل وماتناسل منها .

ج– فروع الأبوين أو أحدهما وإن بعدت درجتهن وهي الأخوات سواء كن شقيقات أو لأب أو لأم ، وبنات الأخوة والأخوات كذلك ، وبنات أولاد الإخوة والأخوات مهما نزلن .

ء– الفروع المباشرة للأجداد والجدات أو لأحدهما وهن العمات والخالات فقط ، سواء كن عمات للشخص نفسه وخالات له أم كن عمات وخالات لأبيه أو لأمه أو أحد أجداده أو جداته ، أما الفروع غير المباشرة للأجداد والجدات كبنات الأعمام والأخوال وبنات العمات والخالات فلا يحرم الزواج بهن .

والدليل على تحريم هذه الأصناف الأربعة قوله تعالى :

" حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم و خالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت " .[1]

وقد جمعت المادة الرابعة عشر هذه الأصناف الأربعة من المحرمات ونصها :

" ١–يحرم على الرجل أن يتزوج من النسب أمه وجدته وإن علت وبنته وبنت إبنه وبنت بنته وإن نزلت وأخته وبنت أخيه وإن نزلت ، وعمته وعمة أصوله وخالته وخالة أصوله " .

٢–ويحرم على المرأة التزوج بنظير ذلك من الرجال . "

ومعنى الفقرة الأخيرة أنه يحرم على المرأة التزوج من أصولها وفروعها وفروع أبويها وفروع أجدادها من الرجال وبمثل التفصيل الذي تقدم في الأصناف الأربعة.

٢ • المحرمات بسبب المصاهرة :

المصاهرة رابطة اجتماعية وصلة بين أسرتين بسبب الزواج تترتب عليها أحكام قانونية تتعلق بالحل والحرمة .

---

(١) سورة النساء : آية ٢٣ .

وتشمل المحرمات بسبب المصاهرة أربعة أصناف وهي :

١- زوجة الأب والجد وإن علا سواء كان الجد أب الأب أو أب الأم ، وتثبت هذه الحرمة بمجرد العقد .

والدليل الشرعي على هذا التحريم قوله تعالى :

" ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ماقد سلف إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلا " .[1]

٢- زوجة الإبن وإبن الإبن وإن نزل ، وتثبت هذه الحرمة كذلك بمجرد العقد ، ولا تحرم أصول زوجة الفرع وكذا فروعها فللرجل أن يتزوج أم زوجة فرعه أو بنتها .

والدليل الشرعي على هذا التحريم قوله تعالى :

" وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم " .[2]

٣- أم الزوجة وجدها وإن علت ، وتثبت هذه الحرمة أيضا بمجرد العقد أيضا .

والدليل الشرعي على هذا التحريم قوله تعالى :

" وأمهات نسائكم " .[3]

٤- بنت الزوجة (الربيبة) وبناها وبنات أولادها ، وهذه الحرمة تثبت بالدخول لا بمجرد العقد ، فإذا تزوج رجل بإمرأة وفارقها قبل الدخول يجوز له الزواج ببنتها ، أما إذا دخل بها فلا يجوز له الزواج ببنتها .

والدليل الشرعي على هذا التحريم قوله تعالى :

" وربائبُكُم اللاتى في حجوركم من نسائِكُم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جُناح عليكم " .[4]

وهناك قاعدة تحكم هذا الموضوع وهي :

" العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات " .

---

(١) سورة النساء : آية ٢٢ .

(٢) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٤) سورة النساء : آية ٢٣ .

ومعناها أن مجرد العقد على فتاة يحرم أمها على زوج تلك الفتاة ، لكن مجرد العقد على إمرأة لايحرم بنتها على زوج تلك المرأة بل تتحقق الحرمة بالدخول ، فإذا تزوج رجل بإمرأة ثم دخل بها حرمت عليه بنت تلك المرأة .

والسبب في هذه التفرقة كما يقول الفقهاء : أن من طباع البنت عدم إيثار أمها على نفسها ، و زواج الرجل بأمها بعدها يولد في نفسها الحقد على أمها ، أما الأم فإنها تؤثر بنتها على نفسها لذا فإن زواج الرجل ببنتها بعدها لايولد في نفسها الحقد على بنتها [1] هذا وقد جمعت المادة الخامسة عشر الأصناف الأربعة ونصها :

" يحرم على الرجل أن يتزوج بنت زوجته التي دخل بها وأم زوجته التي عقد عليها وزوجة أصله وإن علا ، وزوجة فرعه وإن نزل "

وحرمة المصاهرة كما تثبت بالعقد الصحيح فإنها تثبت أيضا بالدخول بالمرأة أثر عقد فاسد وكذلك بالدخول بشبهة كما إذا تزوج رجل بإمرأة ثم زفت إليه غيرها ودخل بها .[2]

٠٣ المحرمات بسبب الرضاع .

الرضاع شرعا هو تناول الرضيع اللبن من ثدي إمرأة في وقت مخصوص وهو مدة الإرضاع .

وكل الأصناف المذكورة بسبب القرابة والمصاهرة تحرم بسبب الرضاع .[3]

---

(١) محمد ابو زهرة ، الأحوال الشخصية : ص ٧٥ .

(٢) وذهب بعض الفقهاء كالحنفية والحنابلة إلى أن حرمة المصاهرة تثبت بالزنا فلو زنا رجل بإمرأة أصبحت هذه المرأة محرمة على أصول الرجل وفروعه وأصبح الرجل محرما على أصول المرأة وفروعها تحريما مؤبدا ، وذهب الشافعية والمالكية على المشهور والظاهرية إلى عدم ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا ، ينظر : الكاساني ، بدائع الصنائع : ٢/ ٢٥٧ ، وإبن قدامة المقدسي ، المغني : ٤٨٢/٧ ، وأبو اسحق الشيرازي ، المهذب :٤٥/٢ ، والحطاب ، مواهب الجليل ، شرح مختصر خليل : ٤٦٢/٣ ، وإبن حزم الأندلسي ، المحلى : ٥٣٢/١ .

(٣) ينظر : إبن نجيم ... البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٣/ ٢٣٧ ، ومحمد الخرشي ... الخرشي على مختصر خليل : ١٧٦/٤ ، أبو إسحاق الشيرازي ، المهذب : ١٥٥/٢ — ١٧٥ .

والحرمة المؤبدة بالرضاع ثابتة بقوله تعالى في ذكر المحرمات :-

" وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة [1] " فالأمهات والأخوات من الرضاعة محرمة بعبارة النص أما الأصناف الرضاعية الأخرى فإنها محرمة بإشارة النص حيث أطلقت الآية الكريمة على التى أرضعت أنها " أم " وعلى أولادها أنهم إخوة وأخواتها وهذا يعنى أن الرضاع يصل الرضيع بمن أرضعته صلة الفرع بأصله لأنه برضاعه منها صار بعضها وبعض زوجها وعن هذه الفرعية والأصليه تتفرع سائر المحرمات رضاعا [2] ، كما إستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم " يحرم من الرضاع مايحرم من النسب " . [3]

وقد نصت المادة السادسة عشرة من القانون على أنه :

" كل من تحرم بالقرابة والمصاهرة تحرم بالرضاع إلا فيما أستثني شرعا " .

والإستثناءات هي :

١-أم الأخ أو الأخت من الرضاع فإنه يجوز الزواج بها ولايجوز الزواج بأم الأخ أو الأخت من النسب ، فإذا كان لأحد الأخوين من النسب أم من الرضاعة فيجوز للأخ الآخر أن يتزوج أم أخيه من الرضاعة وكذلك أم الأخت رضاعا فإنها لاتحرم على الشخص . [4]

٢-أخت الإبن أو أخت البنت من الرضاع فإنها غير محرمة على زوج المرضعة ، فإذا أرضعت إمرأة طفلا فلزوجها أن يتزوج بأخت هذا الطفل وهي أخت إبنه من الرضاع ، و إذا أرضع طفل من إمرأة فلأب الرضيع أن يتزوج بنت المرضعة وهي أخت إبنه من الرضاع . [5]

٣-أخت الأخ رضاعا وأخت الأخت رضاعا يجوز الزواج بها .

---

(١) سورة النساء : آية ٢٣ .
(٢) المصادر السابقة ، المشار إليها في هامش رقم ٣،٢ في الصفحة السابقة .
(٣) الشوكاني ، نيل الأوطار : ٣١٧/٦ .
(٤) الكاساني ... بدائع الصنائع : ٢/٤-٥ .
(٥) المصدر السابق : ص ٥ .

فإذا أرضعت إمرأة صبيا وكانت للمرأة بنت (وهي أخت الصبي رضاعا) فإنه يجوز لأخ الصبي من النسب أن يتزوجها مع أنها أخت أخيه من الرضاع .

وكذلك لا تحرم أخت الأخ من النسب ، وصورتها أن يكون هنالك أخوان لأب ولأحدهما أخت نسبية من أمه فإنه يحل لأخيه الآخر أن يتزوج بها وهي أخت أخيه من النسب ، لأنه لاتوجد في هذه الصورة صلة بين الأخت وبين الذي تحل له لا بنسب ولا برضاع ،وكل ما في الأمر أنها بنت زوجة أبيه ،وبنت زوجة الأب حلال للإبن ، وكذلك الحال فيما لوكان هنالك أخوان لأم ولأحدهما أخت نسبية من الأب فإنها تحل لأخيه من الأم .

٤–جدة الإبن أو جدة البنت رضاعا ، فيجوز للشخص أن يتزوج جدة إبنه أو إبنته رضاعا ولايجوز له أن يتزوج جدة إبنه أو إبنته نسبا لأنها من أمهات زوجته .[١]

كيفية معرفة قرابة الرضاع المحرمة :–

يمكن معرفة القرابات الرضاعية المحرمة كلها وذلك بأن يفرض إنتزاع الرضيع من أسرته النسبية ووضعه وفروعه فقط في أسرته الرضاعية بإعتباره إبنا رضاعيا لمن أرضعته ولزوجها الذى در لبنها بسببه ، فكل صلة تتقرر له أو لفروعه بهذا الموقع الجديد فهى التى تعد أساسا للتحريم بالرضاع وعدم تحريمه به .

أما صلة الأسرة الرضاعية بأسرة الرضيع النسبية بسبب الرضاعة ، فإنها لاتؤثر في تحريم أو تحليل ولهذا لا يثبت لأقاربه من النسبية غير فروعه مثل مايثبت له هو بهذا الرضاع .[٢]

الرضاع المحرم ومقداره :–

يكون الرضاع محرما إذا توفرت فيه الشروط التالية :

١– وصول لبن المرأة المرضعة إلى معدة الرضيع سواء تحقق ذلك عن طريق الإمتصاص من الثدي أم بشربه من إناء أو نحو ذلك .

---

(١) الدكتور عبدالرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري : ١٢٧/١ .

(٢) الدكتور أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان ماعليه العمل في محاكم الكويت : ص ٩٢ .

وبما أن الحل هو الأصل واليقين فإنه لا يزول بإلتقام الطفل الثدي في وقت قد حصل الشك في أن الطفل أرضع أم لا .[1]

٢- أن يكون وصول اللبن عن طريق الفم أو الأنف أما إذا أقطر في العين أو الأذن أو في جرح في الجسم أو حقن به الطفل فلا يثبت التحريم .

٣- أن يكون اللبن صافيا غير مخلوطٍ مع غيره من السوائل ، أما إذا خلط بغيره وكان اللبن مساويا للسائل الآخر أو زاد عليه فإنه يسبب الحرمة ، واللبن يعتبر مغلوبا إذا لم يظهر له طعم ولا أثر أكثر من الشيء الذي خلط به ، وإذا خلط لبن إمرأتين فالرأي الراجح هو ثبوت التحريم من المرأتين .

٤- أن يكون الإرضاع قد حصل أثناء السنتين من وقت ولادة الطفل ، وهذا مذهب جمهور الفقهاء .[2]

٥- أن يكون اللبن الذي رضعه الطفل مما يظن أنه يؤدي إلى إنبات اللحم وشد العظم ، وقد إختلف الفقهاء في المقدار المؤدي إلى ذلك ، فذهب الحنفية والمالكية إلى أن القليل والكثير من اللبن سواء فى نشر الحرمة ، وذهب الجعفرية إلى أن القدر المحرم إرضاع يوم وليلة أو خمس عشرة رضعة ، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن المقدار المحرم هو خمس رضعات مشبعات متفرقات .[3]

فالمسألة خلافية ولم يتطرق إليها قانون الأحوال الشخصية فهي مسألة متروكة لإجتهاد القاضي ، فإذا تبين وجود الرضاع قبل الدخول فإن الأرجح هو قول الحنفية والمالكية ، أما إذا تبين وجود الرضاع بعد الدخول فلا حرج على القاضي أن يأخذ بالآراء الأخرى .

---

(١) وذهب بعض الفقهاء كالمالكية إلى أن الحرمة تثبت بالشك أيضا ، ورأي الجمهور هو الراجح لأن اليقين لا يزول بالشك ، انظر : زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ١٦٠ .

(٢) الزيلعي تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ١٨٢/٢ ، وأبو إسحق الشيرازي ، المهذب : ١٥٥/٢ ، والخرشي ، شرحه على مختصرخليل : ٤/ ١٧٨ .

(٣) محمد بن عبدالرحمان ، رحمة الأمة في إختلاف الأئمة : ص ٢٥٥ ، وإبن رشد الحفيد ، بداية المجتهد : ١٥/٢-٣٨ ، والجعفر بن الحسن الحلي ، المختصر النافع : ص ١٧٥ .

إثبات الرضاع :-

الرضاع المحرم يثبت بالإقرار

- فإذا أقر الخاطبان قبل الزواج بأنهما أخوان من الرضاع فلا يصح عقد نكاحهما ، وإذا حصل الإقرار بعد الزواج يجب أن يتفرقا حالاً وإلا فرق القاضي بينهما ولاشئ للمرأة من المهر إذا وقع التفريق قبل الدخول ، أما إذا حصل بعد الدخول كان لها الأقل من مهرها المسمى أو مهر المثل ولا نفقة لعدتها ولاتوارث بين الزوجين .
- وإذا كان الإقرار من جانب الرجل ولم تصدقه المرأة وجب على الزوجين أن يتفرقا ، وإذا حصلت الفرقة قبل الدخول كان للمرأة نصف المهر المسمى ، وإذا كان بعد الدخول وجب المهر المسمى جميعه ، ولها النفقة والسكنى في أثناء عدتها ، ذلك لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر (وهو هنا الرجل) ولا يتعداه إلى غيره إلا إذا صدقه ذلك الغير أو قامت البينة على صحة ذلك الإقرار ، وهذا ما عليه العمل في القضاء .
- وإذا أقرت المرأة وحدها بالرضاع وكذبها الزوج في ذلك فلا تأثير لهذا الإقرار لأنها قد تريد بإقرارها هذا التخلص من الزوج فلا يعتمد على قولها في حال إنكار الزوج إلا بالبينة .
- وكما يثبت الرضاع بالإقرار فإنه يثبت أيضا بشهادة الشهود ولقد إختلف الفقهاء في نصاب الشهادة هنا ، فذهب الحنفية والجعفرية إلى ثبوته بشهادة رجلين أو رجل وإمرأتين [1] وزاد الشافعية على ذلك ثبوته بشهادة أربع نسوة [2] وذهب الحنابلة وبعض الفقهاء إلى ثبوته بشهادة المرضعة وحدها .[3]

وذهب الظاهرية إلى قبول شهادة إمرأة واحدة عدلة أو رجل واحد عدل .[4]

---

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع : ٤/١٤-١٥ ، والمحقق الحلي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام : ٣/٤٦ .

(٢) شمس الدين الرملي ، نهاية المحتاج : ٧/١٧٥، ومحمد بن عبدالرحمان ، رحمة الأمة : ص٣٣٦

(٣) إبن قدامه المقدسي ، المغنى والشرح الكبير : ٧/ ٥٥٨ .

(٤) إبن حزم الأندلسي ، المحلى : ٧/ ٣٩٦ .

وذهب المالكية إلى ثبوته بشهادة إمرأتين وإشترط بعضهم فشو قولهما بذلك قبل الشهادة . [1]

ورجح القضاء الأخذ بما ذهب إليه الحنفية والجعفرية والشافعية ، ويثبت الرضاع أيضا بالنكول عن اليمين عند العجز عن تقديم البينة .[2]

ثانيا : المحرمات تحريما مؤقتا

ويقصد بالتحريم المؤقت : التحريم الناشئ عن سبب قابل للزوال ، والمحرمات من النساء تحريما مؤقتا هن من لايجوز الزواج بهن لوصف معين فيهن أولحالة خاصة ،أو لسبب معين مانع ، وهذه العوارض من أوصاف أو حالات أو أسباب تجمعها صفة التوقيت ، أي : كونها قابلة للزوال ، وعندئذ يزول التحريم تبعا لذلك ، لأنه إذا زال المانع عاد الممنوع .

ويتحقق التحريم المؤقت في الأحوال الآتية :-

١- إذا تعلق بالمرأة حق الغير ، ويشمل :

أ. المرأة المتزوجة : فلا يجوز الزواج بها مادامت زوجيتها قائمة ، ولا فرق بين أن يكون الزوج مسلما أو غير مسلم ، والدليل على ذلك قوله تعالى عطفا على المحرمات : " والمحصنات من النساء " [3] والمقصود بالمحصنات :ذوات الأزواج .

ب. المرأة المعتدة : فإذا كانت المرأة في حالة عدة من طلاق رجعي أو طلاق بائن أو وفاة فلايحل لأحد الزواج بها مادامت في العدة [4] ، وكذلك لايجوز الزواج بالمعتدة من زواج فاسد والمعتدة من دخول بشبهة والدليل على ذلك قوله تعالى :

" ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله " .[5]

---

(١) إبن رشد الحفيد: الجزء ٢ /٤٢-٤٣ .

(٢) عبدالقادر إبراهيم ، المصدر السابق : ص ٣٨ .

(٣) سورة النساء : ٢٤ .

(٤) ذهب المالكية إلى أن من تزوج بإمرأة في عدتها و دخل بها يفرق بينهما وتحرم هذه المرأة حرمة مؤبدة ، أنظر : إبن رشد الحفيد ، بداية المجتهد : ٢/ ٥١ .

(٥) سورة البقرة : ٢٣٥ .

٢- المطلقة ثلاثا بالنسبة لمطلقها :

إذا طلق الزوج زوجته الطلقة الثالثة حرمت عليه ولايجوز له مراجعتها ، ولا العقد عليها عقدا جديدا إلا إذا تزوجت هذه المرأة بعد إنتهاء عدمًا من رجل آخر وطلقها الزوج الثاني أو مات وإنتهت عدمًا منه .

والدليل على ذلك قوله تعالى :

" فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره " (١)

وتجدر الإشارة إلى أن الزوج الثاني إذا عقد عليها ثم طلقها قبل الدخول فلا تحل للزوج الأول بل لابد من حصول الدخول (٢)، ولقد إختلف الفقهاء في نكاح التحليل المؤقت هل يحل الزوجة لزوجها الأول أم لا ..

فذهب الحنفية إلى أنه تحل المطلقة لزوجها الأول بنكاح التحليل غير أنه مكروه عندهم كراهة تحريم إن كان الزواج بشرط التحليل مثل أن يقول الزوج (الثاني) :تزوجتك على أن أحلك ، فالزواج هنا صحيح والشرط باطل فلا يجبر الثاني على الطلاق .

وذهب الشافعية إلى صحة زواج التحليل إذا لم يشترط الطلاق في العقد ، وذهب المالكية والحنابلة إلى بطلانه مطلقا ، وإذا كان باطلا عندهم فإن ذلك يعنى أن هذا الزواج لايحل المطلقة لزوجها الأول عندهم .(٣)

٣- الجمع بين المحارم :

المراد بالجمع بين المحارم هو حرمة الجمع بين إمرأتين لو فرضت أحداهما رجلا لم يحل زواجه بالأخرى على أن يكون هذا الإفتراض بالنسبة لكل منهما .

والجمع المقصود هو ماتم في الزواج القائم أما إذا طلق الزوج زوجته أو ماتت جاز له أن يتزوج أختها .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٠ .

(٢) محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن : ١٤٧/٣-١٤٨ .

(٣) أنظر : الحصكفي ، الدر المختار : ٧٣٨/٢-٧٤٩ ، ص ٧٣٨-٧٤٩ ، وأبا اسحق الشيرازي ، المهذب : ٢/ ٤٦، وابن جزي ، القوانين الفقهية : ص ٢٠٩ .

ولا فرق في تحريم الجمع بين المحارم بنسب أو المحارم بسبب رضاع على رأي جمهور الفقهاء [1] والأصل في هذا التحريم قوله تعالى عطفا على المحرمات : " وأن تجمعوا بين الأختين ".

وقال الفقهاء في حكمة تحريم الجمع بين الأختين في عقد الزواج أن الجمع بينهما يؤدي إلى قطيعة الرحم وبما أن قطيعة الرحم حرام فإن ما يؤدي إليها حرام أيضا .[2]

وإذا جمع الشخص بين محرمين في عقد واحد كان العقد فاسدا بالنظر إليهما جميعا .

وإذا تزوج كل واحدة منهما بعقد مستقل صح زواجه من الأولى وكان زواجه من الثانية فاسدا .

٤- المرأة الخامسة لمن كان متزوجا بأربع سواها :

إذا كان الشخص متزوجا بأربع زوجات فلا يجوز له الزواج بخامسة طالما كانت الزوجات الأربع باقيات في عصمته ، أما إذا ماتت أحداهن أو طلق واحدة منهن فيجوز له الزواج بأخرى .

وإختلف الفقهاء فيما إذا كان الرجل متزوجا بأربع زوجات وطلق إحداهن فهل يجوز له الزواج بأخرى إذا كانت المطلقة مازالت في عدتها ؟

ذهب الحنفية إلى أن الزواج بخامسة لا يصح مادامت المطلقة في العدة سواء كانت العدة من طلاق رجعي أو طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى .

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن له التزوج بإمرأة أخرى إذا كانت المطلقة معتدة من طلاق بائن ، لأن الطلاق البائن يقطع الزوجية بين الزوجين فلا يكون حينئذ قد جمع بين أكثر من أربع زوجات ، وهذا الرأي هو الراجح .

٥- من لاتدين بدين سماوي :

يقصد بالدين السماوي : الدين الذي له كتاب نزل في زمن نشأته وله نبي مرسل، وينطبق ذلك على المسلمة وإليهودية والمسيحية ، أما من تدين بدين آخر غير ما ذكـــر كالمجوسية أو الصابئية أوالمشركة أوالمرتدة فإنه لايجوز الزواج بهن ،وذلك لأنهن

---

(١) شمس الدين الرملي ، نهاية المحتاج : ٢٧٢/٦، وإبن جزى ، القوانين الفقهية : ص ٢٠٩ .

(٢) إبن قدامه المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٦/ ٥٧٣ – ٥٧٤ .

ينشئن الأولاد تنشئة منسجمة مع مايحملن من عقيدة فضلا على أن الإنسجام والوئام بين الزوجين لايمكن أن يتحقق طالما كان كل منهما يحمل عقيدة مختلفة ومتناقضة مع الأخرى .

والدليل الشرعي على ذلك قوله تعالى :

" ولاتنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم " [(١)]

زواج الكتابيات

إتفق الفقهاء على عدم جواز زواج المسلمة من غير المسلم كتابيا كان أو غيركتابي ، كما إتفقوا على عدم جواز زواج المسلم من عديمة الدين السماوي المشركة والمرتدة ، لكنهم إختلفوا في زواج المسلم بالكتابية (المسيحية أو إليهودية) ، فذهب جمهورهم إلىجواز ذلك وذهب فقهاء الزيدية والجعفرية إلى عدم جوازه ، و أخذ قانون الأحوال الشخصية برأي جمهور الفقهاء فقد نصت المادة السابعة عشرة من القانون على أنه :

" يصح للمسلم أن يتزوج كتابية ولا يصح زواج المسلمة من غير المسلم "

والظاهر أن الحكمة في إجازة زواج المسلم من كتابية وعدم إجازة زواج المسلمة من كتابي هي أن الأولاد غالبا ما يتبعون دين آبائهم والمحافظة على الدين الإسلامي تقتضي تلك التفرقة .

ولافرق بين زواج المسلم من مسلمة وزواجه من كتابية إلا فيما يأتي .[(٢)]

١. إذا كانت الزوجة مسلمة فلابد في الشهود من أن يكونوا مسلمين ، أما إذا كانت الزوجة كتابية فيجوز شهادة كتابيين ولو كانا على غير دين الزوجة كأن يكونا مسيحيين وهي يهودية .
٢. الأولاد الذين يولدون من الزوجة الكتابية ذكورا كانوا أو إناثا يعتبرون مسلمين تبعا لدين أبيهم ، ولذلك يتوارثون مع أبيهم دون أمهم لإختلافهم في الدين ، أما إذا كانت الزوجة مسلمة فيتوارثون مع أمهم وأبيهم .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٢١ .

(٢) محمد حسين الذهبي ، الأحوال الشخصية بين مذهبي أهل السنة والجعفرية : ص ١٢٢ – ١٢٣ .

٣. لاتوارث بين الزوجين إذا كانت الزوجة كتابية ، وهنالك توارث إذا كانت الزوجة مسلمة .

ومع هذا الإختلاف ينبغي التنبيه إلى مايأتي :

١. إن عدم التوارث بين الزوج المسلم والزوجة الكتابية لا يمنع الوصية بينهما ، كما لايمنع وصية أي منهما لأولادهما .

٢. إذا إنتقلت الزوجة الكتابية إلى دين غير سماوي فسخ الزواج لأن ما لا يصح إبتداء لا يصح بقاء ، أما إذا إنتقلت إلى دين سماوي آخر فيستمر الزواج صحيحا .[١]

آثار إسلام أحد الزوجين :

نصت المادة الثامنة عشر من القانون على أن : " إسلام أحد الزوجين قبل الآخر تابع لأحكام الشريعة الإسلامية في بقاء الزوجية أو التفريق بين الزوجين " .

تخص هذه المادة تحديد أحكام و آثار عقد زواج مبرم بين زوجين غير مسلمين إذا أسلما أو أسلم أحدهما فأحالت القاضي في تحديد تلك الأحكام والآثار إلى الشريعة الإسلامية ، وقبل بيان هذه الأحكام ينبغي ملاحظة مايأتي :

١-إن الفقرة الثانية من المادة عشرين من قانون الأحوال المدنية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٢ تقضي بأنه " يجوز لغير المسلم تبديل دينه وفقا لأحكام هذا القانون " والمفهوم المخالف لهذه المادة أنه لا يجوز للمسلم أن يبدل دينه .

٢-إن تبديل الدين يقع في المحكمة الشرعية أو محكمة المواد الشخصية كل حسب إختصاصها ولا يعتد بتبديل الدين الذي يقع خارج المحكمة .[٢]

وبعد هذا نذكر الأحكام الشرعية لإسلام الزوجين أو أحدهما :

- إذا أسلم الزوجان معا أو على التعاقب يبقيان على نكاحهما مالم تكن المرأة محرمة عليه [٣] وإلا فرق القاضي بينهما.

---

(١) أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي : ص ١٠٨ .

(٢) على بن محمد إبراهيم الكرباسي ، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقية : ص ٣٨ .

(٣) إبن جزي ، القوانين الفقهية : ص ٢٠١ .

- إذا أسلم الزوج وحده وكانت الزوجة كتابية إستمر الزواج مالم يكن هنالك سبب من أسباب التحريم ، وأما إذا كانت غير كتابية كأن تكون صابئية فيعرض عليها الإسلام ، فإذا أسلمت أو إعتنقت دينا سماويا إستمر الزواج ، أما إذا إمتنعت وأصرت على البقاء على دينها غير السماوى فرق القاضي بينهما ويعتبر هذا التفريق فسخا وبالتالي لاينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج .

- إذا أسلمت الزوجة وحدها يعرض الإسلام على زوجها ، فإن أسلم بقي الزواج وإذا إمتنع فرق القاضي بينهما ، ويمهل إذا طلب إمهاله فترة مناسبة للتفكير ، إلا أنه يبلغ تحريريا بأنه في حالة عدم حضوره للمحكمة في الموعد المحدد يعد ذلك قرينة على إمتناعه الدخول في الإسلام ، فإذا لم يحضر أو حضر وإمتنع فرق القاضي بينهما ، وإذا كان الزوج مجهول الإقامة فيبلغ عن طريق صحيفتين محليتين يوميتين بوجوب الحضور للمحكمة لعرض الإسلام عليه بعد إسلام زوجته و يعلن من ضمن مايعلن أنه في حالة عدم حضوره في الموعد المحدد دون عذر مشروع يعتبر ممتنعا عن الدخول في الإسلام وبناء عليه سوف تفرق المحكمة بينه وبين زوجته .

وإذا كان الزوج حاضرا فإن عرض الإسلام عليه مشروط بما إذا كان كامل الأهلية أو مميزا و إلا أنتظر تمييزه ، وإذا كان مجنونا لاينتظر شفاؤه عرض الإسلام على أبويه ، وفي حالة إسلامهما أو إسلام أحدهما يعد الزواج باقيا لأن الأولاد يعدون مسلمين تبعا لإسلام أبويهم أو إسلام أحدهما ، وإذا إمتنع والداه عن الدخول في الإسلام أو كانا متوفيين أقام القاضي عليه وصيا وفرق بينه وبين زوجته في مواجهة هذا الوصي .[1]

والفرقة هنا تعتبر طلاقا بائنا بينونة صغرى وليست فسخا [2] ، وللزوجة الحق بالمطالبة بمهر المثل لعدم تسمية مهر لها في عقد الزواج .

---

(١) عبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص ٤٤ — ٤٥ .

(٢) على بن محمد إبراهيم الكرباسي ، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي : ص ٣٤ ، و ذهبت محكمة التمييز في أحدى قراراتها إلى إعتبار التفريق فسخا ، انظر : عبدالقادر إبراهيم ، المصدر السابق : ص ٤٤ ،والدكتور أحمد على و آخرون ، شرح قانون الأحوال الشخصية : ص ٨٨ .

(٣) على بن محمد إبراهيم الكرباسي ، المصدر السابق ، الإشارة السابقة .

هذا ويلاحظ الأمور الآتية :

١-إذا أسلم أحد الزوجين دون صاحبه ثبت له جميع الحقوق الزوجية التى تكون للمسلم ويلزم الطرف غير المسلم بالوفاء بجميع هذه الحقوق .

٢-تعتبر الزوجية قائمة قبل تفريق القاضي ، فللزوجة النفقة ولها كل المهر إذا ماتت أو مـــات الـــزوج غير أنه لاتوارث بينهما .

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب إشعار أمين السجل المدنى بإشهار الإسلام وحدوث الفرقة بين الزوجين بغية تصحيح حقل الديانة و واقعة التفريق في السجل المدنى و بطاقة الأحوال المدنية .[١]

إرتداد أحد الزوجين عن الإسلام :-

لايجوز للمسلم أن يتزوج مرتدة كما لايجوز للمسلمة أن تتزوج من مرتد ، وما لا يجوز إبتداء لايقر بقاؤه ، ومعنى ذلك أن إرتداد أحد الزوجين يكون سببا للتفريق بينهما ، ولوعاد المرتد إلى الإسلام فإن الزوجية لاتعود إلا بعقد جديد .[٢]

وبالنسبة لإستحقاق الزوجة المهر فقد ذهب الحنفية إلى أنه إذا كان المرتد هو الزوج فإن الزوجة تستحق نصف المهر إن لم يدخل بها وكل المهر إن كان قد دخل بها ، وإذا كانت الزوجة هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها ، ولامهرلها إذا لم يكن قد دخل بها لأن الفرقة جاءت من قبلها .[٣]

---

(١) عبدالقادر إبراهيم ، المصدر السابق : ص ٤٥ .

(٢) الدكتور أحمد علي ، وآخرون ، المصدر السابق : ص ٨٩ ، وفيه أيضا : لو إرتد الزوجان معا ثم أسلما معا فإن الزواج باق بينهما ولا يحتاج إلى تجديد بعقد جديد .

(٣) المرغيناني ، الهداية : ١/ ٢٢١ .

الباب الثالث
الحقوق الزوجية وأحكامها



الفصل الأول

المهر



نصت الفقرة الثانية من المادة الثالثة على أنه " إذا تحقق إنعقاد الزوجية لزم الطرفين أحكامها المترتبة عليه حين إنعقاده " فإذا تم الإيجاب والقبول بين الرجل والمرأة أو من يقوم مقامهما في عقد الزواج وتوفرت الشروط وإنتفت الموانع إنعقد العقد وترتبت عليه آثاره ، ومن تلك الآثار [1] : المهر والنفقة ، خصهما المشرع ببيان أحكامهما بعد أن أورد أركان وشروط عقد الزواج والموانع الشرعية والقانونية وتسجيل عقد الزواج وإثباته .

المبحث الأول

تعريف المهر وتكييفه والغاية من تشريعه

المطلب الأول

تعريف المهر وتكييفه

أولا : تعريف المهر :

المهر هو الحق المالي الذي تستحقه الزوجة بالعقد عليها أو الدخول بها .[2]

وكما هو واضح من التعريف أن المهر يجب بمايأتي :

١. العقد الصحيح : إن المهر يجب بمجرد العقد وجوبا غير مستقر فقد يثبت كل المهر وقد يثبت نصفه وقد يسقط إلى بدل وقد يسقط لا إلى بدل .

---

(١) ومن تلك الآثار حل العشرة بينهما ، وحل إستمتاع كل منهما بالآخر وثبوت حرمة المصاهرة والتوارث بينهما وقيام كل منهما بواجباته تجاه الآخر ، كما أن ثبوت نسب الأولاد و إرضاعهم وحضانتهم والإنفاق عليهم آثار لعقد الزواج أيضا غير أن المشرع اقتصر على ذكر الآثار المادية التي تدخل في نطاق عمل القضاء فتكلم هنا عن المهر والنفقة الزوجية ، وتناول بالذكر النسب والرضاع والحضانة والنفقة بين الأقارب في الباب السادس كما تكلم عن الميراث في الباب الثامن أما الحقوق المعنوية بين الزوجين كحسن المعاشرة والإحترام المتبادل بينهما ونحو ذلك من الأمور فقد سكت عنها المشرع لأنها أمور معنوية لاتدخل في نطاق عمل القضاء إلا عند حدوث مايناقضها كإضرار أحد الزوجين بالآخر وحينئذ تدخل في نطاق عمل القضاء وقد ذكر المشرع أحكامها في أبواب الطلاق والتفريق .

(٢) الدكتور أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي :ص١٦٣، وأيضا قرار محكمة التمييز رقم ٢٥في ١٩٧٠/٣/٤، إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز:٢٤٢ .

٢. الدخول الحقيقي : يجب المهر أيضا بالدخول في العقد الفاسد أو في حالة الشبهة [١] ومعنى ذلك أن العقد الفاسد لايوجب المهر مالم يعقبه دخول .

ثانيا : تكييف المهر :-

ليس المهر ركنا من أركان العقد ولاشرطا من شروطه بل هو أثر من آثاره ، فعقد الزواج ينعقد ويصح بدون ذكر المهر بل حتى لو نفي أصلا [٢] ، وفي كل الأحوال يجب المهر للزوجة سواء كان مهراً مسمى أو مهر مثل وعلى التفصيل الذي يأتي .

المطلب الثاني

الغاية من تشريع المهر

إختلف الفقهاء حول تحديد الغاية من إيجاب المهر ، فذهب بعضهم إلى أن المهر بدل عن المنفعة المستوفاة بالدخول وإستندوا في رأيهم هذا إلى قوله تعالى :

" فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن "

ووجه إستدلالهم : أن الله تعالى سمى المهر أجرا و الأجر هو بدل المنافع .[٣]

ورد هذا الإستدلال بأن الأجور هنا بمعنى النفقة ، ولذلك لا نفقة للزوجة الناشز ، لأن النشوز يحول دون ذلك ، فالنفقة في مقابل الإستمتاع وليس المهر [٤] ، ومما أجابوا به أيضا على الرأي السابق أن الإستمتاع لايختص بالزوج وحده بل تشاركه الزوجة في

---

(١) محمد حسين الذهبي ، الأحوال الشخصية بين مذهب اهل السنة والجعفرية : ص ١٣٨ .

(٢) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، وقد سبقت الإشارة إلى ان بعض الفقهاء كالمالكية يعتبرون المهر ركنا في العقد ، وينظر : إبن جزي ، القوانين الفقهية : ص ٢٠٠ .

(٣) أبوبكر الجصاص ، أحكام القرآن : ٢/ ١٤٦ ، والقرطبي ، الجامع لأحكام القرآن : ٥/ ١٢٩ ، وشمس الدين الرملي ، نهاية المحتاج : ٢٢٨/٣، وإبن قدامه المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٨/ ٤.

(٤) عزالدين عبدالسلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام : ١/ ٧١ ، وفيه " النفقة في مقابل التمكين " والكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ٢/ ٢٤٣ ، وفيه " أن بدل الإستمتاع هو النفقة " ، وإبن جزي ، القوانين الفقهية : ص ١٩٢ .

ذلك فلو كان المهر في مقابل الإستمتاع لما وجب على الإثنين أو وجب على الإثنين على حد سواء وهذا غير ممكن ، فوجوب المهر على الزوج للزوجة معناه أن الزوجة تنفرد بأمر يجعلها تستحق المهر .[1]

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن المهر ليس بدلا للمنفعة المستوفاة بالدخول بل هو صادر عن الزوج للزوجة جبراالخاطرها [2]وتطييبا لنفسها [3] وتأليفا لقلبها [4] وإدخالا للمسرة عليها [5] وتأنيسا لها [6] ......

وإستدلوا على رأيهم بقوله تعالى :- " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة " [7]

وتعني الآية بأن المهر يعطى تكرمة وأنه ليس عوضا [8] وذهب فقهاء آخرون إلى أن المهر ليس عوضا محضا بل فيه شائبة النحلة [9] ، وهذا يعنى أن المهر يجمع بين العوضية والتكريم .

والراجح هو رأي الجمهور وإن كان الجمع بين الآراء أمرا ممكنا ، فالمهر عوض يتضمن جبرا لخاطر المرأة وتطييبا لنفسها حيث أنها تبذل في الزواج ماهو محل شرفها وإعتزازها فبذله ولو بالحلال ليس بالأمر الهين في أول الأمر ،كما أن الزواج يقتضي من المرأة مفارقة منـــزل وأهل نشأت بينهم إلى منـــزل لم تألف أهله وفي هذا من الوحشة مالا يخفى ، فتحتاج إلى مايجبر خاطرها ، ويؤنس وحشتها ، فجعل الله تعالى المهر السبيل إلى ذلك .

---

(١) عبدالحميد الشرواني ، حاشيته على تحفة المحتاج : ١٨٦/٧، وإبراهيم بن محمد الباجوري ، حاشية الباجوري على شرح إبن قاسم الغزي على متن ابي شجاع : ٢/ ١١٨ .

(٢) الصنعاني ، سبل السلام : ١٤٩/٣ .

(٣) إبن حزم الأندلسي ، الإحكام في أصول الأحكام : ٤٤١/٧ .

(٤) إبراهيم الباجوري ، المصدر السابق : ١١٨/٢ .

(٥) شهاب الدين الشلبي ، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق : ١٣٧/٢ .

(٦) محمد بن على الشوكاني ، نيل الأوطار : ١٦٩/٦ .

(٧) سورة النساء : ٤ .

(٨) أبوالوليدالباجى ، فصول الأحكام ، تحقيق محمد أبو الأجفان ، ١٩٨٥: ص ٢١٥ ، وفيه " الصداق نحلة البضع ،إذ أنه ليس عوضا وإنما هو لها عطية لتمام النكاح " .

(٩) إبن حجر الهيتمى ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج : ٧/ ٣٨٦ .

وبما يؤكد أن المهر يهدف إلى جبر الخاطر ومنح الترضية النفسية وأنه ليس عوضا عن الإستمتاع أو شئ مادي ، أن جمهور الفقهاء أوجبوا للمرأة كل المهر بمجرد إختلاء الرجل بها وإن لم يتم الدخول .[1]

وختاما يمكن القول بأن المهر ليس ثمنا ولا عوضا عن شيء مادى كالإستمتاع بل أنه هدية وعطية تهدف إلى منح المرأة نوعا من السكن النفسي والترضية النفسية .

المبحث الثاني

أنواع المهر ووقت إستحقاقه

المطلب الأول

أنواع المهر

المهر نوعان : المهر المسمى ، ومهر المثل وقد وردا في الفقرة الأولى من المادة التاسعة عشر ونصها :—

" تستحق الزوجة المهر المسمى بالعقد فإن لم يسم أو نفي أصلا فلها مهر المثل "

والمهر المسمى : هو المهر الذي تمت تسميته في العقد وتراضى عليه الزوجان أو من يقوم مقامهما .

ومهر المثل : هو مهر إمرأة من قوم أبيها تماثلها أو تقاربها وقت العقد سنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا وعفة وعلما وأدبا إلى غير ذلك من الصفات المرغوب فيها مع مراعاة حال الزوج وقت العقد .[2]

---

(١) الزيلعي تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ١٤٢/٢ ، وأبوبكر الرازي الجصاص: أحكام القرآن : ٤٣٧/١ ، القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن : ١٠٢/٥ ، ومحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج : ٢٢٥/٣ ، وذهب بعض الفقهاء إلى وجوب كل المهر للزوجة غير المدخول بها إذا قبلها بمرأى من الناس ، ينظر : إبن النجار ، منتهى الإرادات ، تحقيق عبدالغني عبدالخالق : ٢١١/٢ .

(٢) محمد بن فرامرز (منلا خسرو) ، درر الحكام شرح غرر الأحكام : ٢٢٣/١ ، وقرار محكمة التمييز رقم ٣٦٧ في ١٩٧١/٣/١٣ ، إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز : ص٣٤٣ .

والضابط في تحديد مهر المثل كما يقول الفقهاء هو : الرغبة وما يختلف به الغرض ومايليق بالحال [1] ، وإذا لم توجد من قوم أبيها إمرأة تماثلها أو تقاربها في تلك الصفات فقد ذهب الحنفية إلى تقدير المهر قياسا على أجنبية موصوفة بتلك الصفات .

وتجب الإشارة هنا إلى أنه لايجوز الحكم بمهر المثل قياسا على عقد زواج جرى بعد عشرات السنين من العقد المطالب بمهر المثل عنه .[2]

كما أنه إذا سمي للزوجة عند العقد مهر معجل مقبوض ولم يسم لها مهر مؤجل فلا يجوز تقدير مهر مثل مؤجل لها .[3]

حالات وجوب مهر المثل :

يجب مهر المثل في الحالات التالية :-

١. إذا خلا عقد الزواج من ذكر المهر ، والمرأة هنا تسمى بالمفوضة على إعتبار أنها قد فوضت أمر مهرها إلى الزوج .[4]
٢. إذا نفي المهر في العقد ، فلو تزوجها على أن لا مهر لها وجب مهر المثل .[5]
٣. إذا كان المهر المسمى مالا غير متقوم في حق المسلم كالمسكرات وسائر المحرمات ، وكذلك يجب مهر المثل إذا كان الشئ المحدد للمهر مغصوبا .

---

(١) على بن أحمد العدوي ،حاشية العدوي على شرح الخرشي :٣/ ١٧٧،ومحمد بن سليمان البجيرمي ، حاشية البجيرمي على شرح المنهج : ٤١٦/٣ ،ومحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج : ٥٣٢/٣ .

(٢) قرار محكمة التمييز رقم ١٣٧٦ في ١٩٧٣/٧/١٩، إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق ، ص ٢٤٥ .

(٣) قرار محكمة التمييز رقم ٢٠٩ في ١٩٧٣/٧/٢٠، إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق، ص ٢٥٥ .

(٤) إبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٧١٢/٦ ، وإبن عابدين ، رد المحتارعلى الدر المختار : ١١٠/٣ .

(٥) الكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ٤٤٠/٢ .

٤. إذا كانت التسمية مجهولة جهالة فاحشة كأن يقول لها تزوجتك على ذهب أو على ملابس وحلي ، فالتسمية هنا فاسدة لجهالتها جهالة فاحشة ويجب مهر المثل [١] .

٥. إذا أسلم الزوج وكانت الزوجة كتابية ثم طلقها ، فإن من حق الزوجة هنا المطالبة بمهر المثل وإن لم يذكر المهر في العقد أصلا [٢]، ومن المتصور هنا ألا توجد للمطلقة من قوم أبيها إمرأة تماثلها في صفاتها وحينئذ يتم تقدير مهر المثل من قبل الخبراء مباشرة إذا لم يتفق عليه الطرفان ، وإذا كان الزوج قد دفع للزوجة مالا حين العقد فإن هذا القدر من المال يطرح من مهر المثل .[٣]

٦. إذا أسلمت الزوجة وأبى زوجها الدخول في الإسلام يفرق القاضي بينهما ، وللزوجة مهر المثل وفي هذه الحالة أيضا يطرح من مهر المثل ماقد دفعه الزوج لزوجته من مال حين العقد .[٤]

٧. إذا دخل بها بشبهة .

٨. إذا كان النكاح شغارا ، وصورته أن يقول رجل لآخر زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك وتكون كل واحدة منهما مهراً للأخرى ، وجمهور الفقهاء ذهبوا إلى بطلان هذا العقد [٥] ، وذهب الحنفية إلى أن العقد صحيح غير أنهم أوجبوا فيه مهر المثل لكل من الزوجتين .[٦]

---

(١) إبن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار : ٢/ ١٠٩.

(٢) قرار محكمة التمييز رقم ٢٤٧ في ١٩٨٣/٣/١٢ ، إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز : ص ٢٥٦ .

(٣) عبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص ٥٨ .

(٤) المصدر السابق ، نفس الإشارة ، وقرار محكمة التمييز رقم ٤٣٦ في ١٩٧٣/٤/٢٠ ، إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق : ص ٢٤٤ .

(٥) محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج :٣/ ١٤٢ ، وشمس الدين الرملي ، نهاية المحتاج : ٦/٢١١ ، وإبن قدامة المقدسي ، المصدر السابق ، المغني والشرح الكبير : ٦/ ٦٤١ .

(٦) الكاساني ، بدائع الصنائع : ٢٧٩/٢ .

٩. إذا عجزت الزوجة عن إثبات تسمية المهر في حال إنكار الزوج يحكم لها بمهر المثل على أن لايزيد عن المهر الذي سمته .[١]

ومع أن مهر المثل تجب في هذه الحالات ، إلا أن الفقرة الأولى من المادة التاسعة عشرة من القانون إقتصرت على ذكر حالتين فقط من حالات وجوب مهر المثل بالإضافة إلى المهر المسمى ونصها :
" تستحق الزوجة المهر المسمى بالعقد فإن لم يسم أو نفي أصلا فلها مهر المثل " .

تعجيل المهر وتأجيله :

يجب المهر بمجرد العقد الصحيح غير أنه لايلزم أن يكون حالا بل يجوز تعجيله كله أو تأجيله كله أو تعجيل بعضه وتأجيل ماتبقى منه إلى أقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة ، أو إلى أجل يتفق عليه العاقدان أو من يقوم مقامهما ، وفي حالة عدم وجود إتفاق على التعجيل أو التأجيل وعلى النحو الذى مر ذكره ، جرى الأمر على ماعليه عرف البلد الذي تم فيه العقد لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا [٢]، والعرف الجاري هو أن المهر يقسم إلى معجل ومؤجل .
وهذا ماقضت به الفقرة الأولى من المادة عشرين من القانون ونصها :
" يجوز تعجيل المهر وتأجيله كلا أو بعضا وعند عدم النص على ذلك يتبع العرف " .

---

(١) قرار محكمة التمييز رقم ٣٢٣١ في ١٩٧٣/٩/٤ ، إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق : ص ٢٤٥ .

(٢) محمد حسين الذهبي ، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة والجعفرية : ص ١٤٢ ، وقرار محكمة التمييز رقم ٩٧٠ في١٩٧٨/٥/٣، إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق : ص ٢٥٤.

المطلب الثاني

وقت إستحقاق المهر

سبق بيان أن المهر يجب بالعقد وأنه أثر من آثاره ، وأن المهر يجوز تعجيله كله أو تاجيله كله أو تعجيل بعضه وتأجيل ماتبقى منه ، فإذا إشترط في العقد تعجيله كله لزم الزوج أداؤه قبل الدخول و إذا لم يدفع لها الزوج مهرها فللزوجة الحق في طلب فسخ الزواج .[١]

وإذا كان المهر مؤجلا كله فليس للزوجة الإمتناع عن المطاوعة [٢] ، لأن المهر المؤجل لايستقر في الذمة ولاتصح المطالبة به قبل الدخول [٣] ، إلا إذا كان أداؤه معلقا على مطالبة الزوجة أو يسار حال الزوج فإن الزوجة تستحق المهر عند تحقق هذين الشرطين حتى وإن لم يدخل بها الزوج [٤] ، أما إذا خلت حجة الزواج من تحديد مدة لدفع المهر المؤجل فإن الزوجة تستحقه بالدخول [٥] ، وعلى الزوج دفعه لها حين طلبها .[٦]

وبوجه عام فإن المهر سواء كان معجلا أو مؤجلاكلا أو بعضا وسواء كان الأجل معينا أو غير معين فإنه يجب أداؤه للزوجة عند الطلاق أو الوفاة فقد نصت الفقرة الثانية من المادة عشرين على أنه :

" يسقط الأجل المعين في العقد لإستحقاق المهر بالوفاة أو الطلاق ".

ومعنى ذلك أنه يحين وقت أداء المهر للزوجة إذا مات أحد الزوجين أوطلق الزوج زوجته حتى وإن لم يحن الأجل المحدد من قبلهما لأداء المهر .

---

(١) وهذا بموجب الفقرة الثالثة من المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية لكن محكمة التمييز ذهبت في قرارها المرقم ١٥١٩ في ١٩٧٨/٨/٢٠ إلى أن الزوجة لاحق لها في طلب فسخ العقد بل لها فقط الإمتناع عن مطاوعة زوجها .

(٢) محمد حسين الذهبي ، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة والجعفرية : ص ١٤٣ .

(٣) قرار محكمة التمييز رقم ١٧٨٤ في ١٩٧٥/١٢/٢٢ ، إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز : ص ٢٤٨ .

(٤) قرار محكمة التمييز رقم ٩٢١ في ١٩٦٥/٩/١١ ، إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق : ص٢٤٠.

(٥) قرار محكمة التمييز رقم ٩٠ في ١٩٧٦/١/٢٩ ، إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق : ص٢٤٠.

(٦) قرار محكمة التمييز رقم ٤٨٣ في ١٩٧٨/٣/٢ ، إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق : ص٢٥٣.

ومادمنا بصدد موضوع وقت إستحقاق المهر فإن من المناسب أن نذكر بعض الأحكام المتعلقة بهذا الإستحقاق وهي الآتية :

إذا كان المهر المعجل مسمى بالليرات الذهبية ولم يؤده الزوج لزوجته فلا يصح الحكم بالمهر بالليرات بل يحكم بقيمتها بالدينار بتأريخ عقد الزواج .[1]

وإذا كان المهر المؤجل مسمى بالليرات فيحكم بقيمتها يوم الإستحقاق [2] ، وهو الوفاة أو الطلاق أو الأجل المحدد في العقد .

وبوجه عام إذا كان المهر من غير النقد فتقدر قيمته بتأريخ الإستحقاق .[3]

ولايسقط المهر بمرور الزمان مهما طال [4] ، وعلى الزوج أداؤه لزوجته فإن لم يفعل إستحقت الزوجة مهرها من تركته قبل توزيعها على الورثه [5] ، لأن المهر دين ولاتركة إلا بعد سداد الديون ، و إذا وزعت التركة ولم تأخذ – الزوجة مهرها من التركة تحمل كل وارث من دين المهر المحكوم به بنسبة حصته الإرثية التي آلت إليه [6] ،وإذا ماتت الزوجة تأخذ ورثتها المهر من الزوج ، ويطرح من المهر مقدار مايرثه الزوج منها لأنه وارث .[7]

---

(١) قرار محكمة التمييز رقم ٣٩١ في ١٩٧٧/٢/٢٣ ، إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق : ص٢٥٣ .

(٢) قرار محكمة التمييز رقم ١٢١٠ في ١٩٧٤/١٠/٨، إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق : ص ٢٤٧ ، وقرار محكمة التمييز رقم ٣٨٢ في ١٩٧٥/٩/٨ ، إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق : ص٣٨٢ .

(٣) قرار محكمة التمييز رقم ١٠٧٢ في ١٩٧٣/١٢/٤ ، إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق : ص٢٤٦ .

(٤) قرار محكمة التمييز رقم ٦٧٢ في ١٩٧٣/٥/٢٨ ، إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق : ص ٢٤٤ .

(٥) الدكتور أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي : ص ١٨١ .

(٦) قرار محكمة التمييز رقم ٨٧٢ في ١٩٧٤/١٢/٤ ، إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق : ص ٢٧٤ .

(٧) الدكتور أحمد الغندور ، المصدر السابق : ص ١٨١ .

المبحث الثالث

مقدار إستحقاق الزوجة للمهر المسمى

العقد الصحيح سبب لوجوب المهر ، غير أن هذا الوجوب غير مستقر لأن المهر قد يجب كله وقد يجب نصفه وقد يسقط إلى بدل وقد يسقط دون أن يكون له بدل .

فهذه حالات أربع لم تذكر المادة الحادية والعشرون إلا حالتين منها وبصورة مختصرة جدا ونصها :

" تستحق الزوجة كل المهر المسمى بالدخول أو بموت أحد الزوجين ، وتستحق نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول " .

إستحقاق الزوجة لجميع المهر المسمى [1] :-

تستحق الزوجة كل المهر في الحالات التالية :

الحالة الأولى :- الدخول الحقيقي : فإذا دخل الزوج بزوجته تقرر لها كل المهر .

الحالة الثانية :- الدخول الحكمي : " الخلوة الصحيحة " .

يقصد بالخلوة الصحيحة أن يجتمع الزوج والزوجة - قبل الزفاف - في مكان منفردين آمنين من إطلاع الغيرعليهما بدون إذنهما، ولم يكن هنالك مانع حسي أو طبعي أو شرعي يمنع الدخول الحقيقي .

والمانع الحسي كوجود شخص ثالث عاقل ولوكان أعمى أو نائما أو طفلا مميزا ، والمانع الطبيعي كأن يكون أحد الزوجين مريضا بمرض يمنع المقاربة ، أو كان أحد الزوجين صغيرا ، والمانع الشرعي كأن يكون أحدهما أو كلاهما صائما في رمضان .

(١) إن تأكد جميع المهر بالدخول والخلوة وموت أحد الزوجين هو مذهب الحنفية ، وعند المالكية يتأكد بأحد إلأسباب الثلاثة وهي : الدخول، وموت أحد الزوجين، وإقامة سنة بعد الدخول بلاوطء بشرط ان يكون الزوج بالغا والزوجة مطيقة ، وعند الشافعية يستقر المهر بأحد أمرين : الوطء وإن حرم ، وموت أحد الزوجين ، أما الخلوة فلا تؤكد جميع المهر في القول الجديد للشافعي ، وعند الحنابلة يتقرر المهر بأحد الأمور الأربعة وهي :- الدخول ، والخلوة ،والموت أو القتل ، والطلاق في مرض موت الزوج قبل الدخول بالزوجة .. أنظر : الدكتور وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته : ٦٨٠٣/٩-٦٨٠٤ .

ولقد إختلف الفقهاء في وجوب كل المهر أو نصفه في الطلاق بعد الخلوة وهم في ذلك رأيان :-

أولهما : ذهب جمهور الفقهاء إلى أنها تستحق جميع المهر [١] ، وإستدلوا على رأيهم هذا بقوله تعالى :

" وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا " [٢] .

وقد فسروا الإفضاء هنا بالخلوة .

وقالوا أيضا : " بأن في طلاقها بعد الخلوة وردها زهدا فيها ، فيه إبتذال وكسر لها فوجب جبره بالمهر " .[٣]

وثانيهما : ذهب بعض الفقهاء كالشافعي في قوله الجديد وإبن حزم إلى أنها تستحق نصف المهر وليس كله [٤] ، مستدلين بقوله تعالى : " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم " .[٥]

وقد أخذ القضاء برأي الجمهور .[٦]

---

(١) وهم الحنفية والحنابلة وبعض المالكية والشافعي في قوله القديم ، وإعتبر مالك بن انس الخلوة موجبة لجميع المهر إذا طال مقامه معها لنحوسنه ، أو إقترب منها ، وإدعت الزوجة ذلك ، ينظر ، الزيلعي ، تبيين الحقائق : ٢/ ١٤٢ ، وإبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٨/ ٦١ ، والخطيب الشربيني ، مغني المحتاج : ٣/ ٢٥٥ ، وإبن جزي ، القوانين الفقهية : ص ١٩١ ، وإبن حزم الأندلسي ، المحلى : ٩/ ٤٨٦ .

(٢) سورة النساء : آية ٢١ .

(٣) عبدالرحمان بن رجب ، القواعد في الفقه الإسلامي ، تحقيق طه عبدالرؤوف : ص ٣٥٨ .

(٤) الخطيب الشربيني ، المصدر السابق ، الإشارة نفسها ، وإبن حزم الأندلسي ، المصدر السابق : ٤٨٦/٩ .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

(٦) قرار محكمة التمييز رقم ٤٤٥ في ١٩٦٢/١٠/٤ ، الدكتور أحمد الكبيسي ، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون : ١١٧/١– ١١٨.

وتشترك الخلوة الصحيحة مع الدخول الحقيقي في بعض الأحكام وتفترق عنه في أحكام أخرى وكما يأتي :-

تشتركان في :

١. تأكيد المهر الواجب بالعقد .
٢. إيجاب العدة بعد الفرقة ومايترتب عليها من آثار كوجوب نفقة العدة وحرمة الجمع بينها وبين أختها ومن في حكمها من المحارم بالقرابة أو بالرضاع مادامت في العدة وكذا في حرمة التزوج بأربع سواها مادامت في العدة .
٣. ثبوت نسب الولد من الزوج إذا تحققت فيه شروط النسب .

وتفترق الخلوة الصحيحة عن الدخول الحقيقى في عدة أحكام أهمها :-

١. إن الدخول الحقيقي بالأم يحرم بنتها على الزوج بينما لاتحرمها خلوة الزوج بالأم .
٢. إن المطلقة طلاقا بائنا بينونة كبرى إذا تزوجت من رجل آخر ودخل بها دخولا حقيقيا ثم طلقها أو مات تحل للزوج الأول بعد إنقضاء عدتها ، أما إذا إختلى بها الزوج الثاني ثم طلقها فإنها لاتحل للزوج الأول .
٣. إن الطلاق بعد الدخول قد يكون رجعيا وقد يكون بائنا لا رجعة فيه إلا بعقد جديد – إذا كان طلاقا بائنا بينونة صغرى – أما الطلاق بعد الخلوة فلا يكون رجعيا بل هو طلاق بائن دائما لارجعة فيه .
٤. إن المطلقة طلاقا رجعيا بعد الدخول الحقيقي ترث زوجها إذا مات وهي في العدة ، أما المطلقة بعد الخلوة الصحيحة لاترث زوجها إذا مات وهي في العدة لأنها بانت منه [١] .
٥. إن الخلوة بالمطلقة لاتكون رجعة أما الدخول فإنه يحقق المراجعة .

وهذا كله فيما إذا تحققت الخلوة بعد عقد زواج صحيح ، أما الخلوة في الزواج الفاسد فلا يترتب عليها شيء .[٢]

---

(١) الدكتور عبدالرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري : ص ٢٧٩ ، والدكتور أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان ماعليه العمل في محاكم الكويت : ص ١٧٩ – ١٨٠ .

(٢) الدكتور أحمد الغندور ، المصدر السابق : ص ١٨٠ .

الحالة الثالثة : إذا مات أي من الزوجين ولو قبل الدخول تأكد المهر وأصبح غير قابل للسقوط ، وكذلك يتأكد المهر بقتل أجنبي لأحدهما ، أو بقتل الزوج نفسه أو زوجته وهذا محل إتفاق بين الفقهاء .

أما إذا قتلت الزوجة نفسها أو قتلت زوجها قبل الدخول فإن جمعا من الفقهاء بضمنهم فقهاء الحنفية (عدازفو) ذهبوا إلى أنها تستحق المهر كله لأن المهر أثر من آثار العقد وقد تحقق .

وذهب المالكية والشافعية و زفر من الحنفية إلى أن الزوجة لاتستحق شيئا من المهر لأن القتل جريمة ، والجريمة لا تؤكد الحقوق بل تزيلها فالزوجة إذا قتلت زوجها تحرم من الميراث وحرمانها من المهر أولى .[1]

والظاهر رجحان الرأي الأول فقياس المهر على الميراث هنا قياس مع الفارق لأن المهر ثابت بالعقد وقد تحقق وأصبحت مالكة لمهرها ، أما الميراث فإنه حق ينشأ بالموت ولم تملكه الزوجة بقتلها لزوجها .

وإضافة إلى الحالات الثلاثة المذكورة فإن المهر يتأكد جميعه بردة الزوج .[2]

حالات إستحقاق الزوجة لنصف المهر المسمى :

تستحق الزوجة نصف مهرها المسمى إذا كان العقد صحيحا ، والمهر مسمى تسمية صحيحة وحصلت الفرقة قبل الدخول من قبل الزوج وبسبب من جهته .[3]

وإستدل الفقهاء على ذلك بقوله تعالى :

" وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم " .[4]

---

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ٢٩٤/٢ ، ومحمد بن عرفة الدسوقي ، المصدر السابق ، الجزء الثاني : ص ٣٠١ .

(٢) قرار محكمة التمييز رقم ٣٧٨٥ في ١٩٧٢/٧/١٩، إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز : ص ٢٤٤ .

(٣) الدكتور عبدالكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة : ص ٢٤٤ .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

وتنطبق هذه الشروط على الفرقة الحاصلة بالإيلاء، واللعان ، وعنة الزوج ، وردته وإبائه الدخول في الإسلام ، أو بإتصاله بأصول زوجته أو فروعها بما يوجب حرمة المصاهرة .

وكذلك تستحق المرأة نصف المهر إذا وقعت الفرقة بسبب من أجنبي كالرضاع بأن أرضعت أخت الزوج زوجته مثلا [1]

وجدير بالملاحظة أن المهر المسمى هو الذي ينصف أما مهر المثل فإنه لايقبل التنصيف .[2]

الحالات التي لا تستحق الزوجة فيها مهرا :

إن المهر قد يسقط و يكون له بديل و قد يسقط دون أن يكون له بديل . والبديل المقصود هنا يطلق عليه الفقهاء إسم المتعة ، وقد عرفها بعض الفقهاء بأنها ، مال يجب على الزوج دفعه لإمرأته المفارقة في الحياة بطلاق و ما في معناه .[3]

وعرفها بعض الفقهاء بأنها : المال الذي يعطيه الزوج لمطلقته زيادة على المهر ، لتطييب نفسها و تعويضها عن الألم الذي لحقها بسبب الفراق .[4]

والحالة التي يسقط فيها المهر و تجب للزوجة المتعة هي ما إذا كان الطلاق قبل الدخول من عقد صحيح و لم يكن للزوجة مهر مسمى أو كانت التسمية غير صحيحة [5] و هذا الحكم مأخوذ من قوله تعالى : " لاجناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة و متعوهن على الموسع قدره و على المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين " .[6]

---

(١) الدكتور عبد الكريم زيدان ، المصدر السابق : ١٠٤/٧ .

(٢) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٢٨٧ .

(٣) شمس الدين الرملي ، نهاية المحتاج : ٦/ ٢٤ .

(٤) زكي الدين شعبان ، المصدر السابق : ص ٢٨٩ ، إن المتعة إذا كانت بديلا عن المهر فمعنى ذلك أنها تجب وحدها ولا يجب المهر، غير أنها تجب عند بعض الفقهاء في جميع الحالات حتى لو أخذت الزوجة مهرها كاملة و لذلك جاءت في التعريف عبارة (زيادة على المهر) .

(٥) الدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية : ص ٩٣ .

(٦) سورة البقرة : آية ٢٣٦ .

والمتعة الواجبة سواء كانت نقدا أم عينا يجب ألا تتجاوز نصف مهر المثل [1] ، والحالات التي يسقط فيها المهر و لا تجب فيها المتعة هي التالية :

١. إذا حصلت الفرقة قبل الدخول من جانب الزوج أو الزوجة نتيجة لإستعمال حق شرعي يلغي العقد من أساسه كالفسخ بخيار البلوغ أو خيار الإفاقة .
٢. إذا كانت الفرقة من جانب الزوجة و كانت بمعصية منها كردتها أو مقاربتها لأحد فروع الزوج مقاربة توجب حرمة المصاهرة .
٣. إذا حصلت الفرقة قبل الدخول عقب عقد غير صحيح .[2]

وبوجــه عــام ذهــب الحنفـية إلى ســقوط المهر بكل فرقة حصلت بغير طلاق قبل الدخــول وقــبل الخلوة سواء كان من قبل الزوج أم من قبل الزوجة ، كإرتدادها وإبائها الدخــول في الإســلام بعد أن أسلم زوجها أو إختارت فسخ عقد الزواج لعيب في الزوج كــل ذلــك لأن الفرقة بغيرطلاق يكون فسخا والفسخ قبل الدخول يوجب سقوط كل المهر لأن فسخ العقد يعني رفعه من أصله وجعله كأنه لم يكن .

والمالكــية يوافقــون الحنفــية في ذلــك ، وذهب الشافعية والحنابلة إلى التفرقة فإذا كانــت الفــرقة بســبب مــن الزوجة لاشيء لها، وإن كانت بسبب من الزوج يثبت لها نصف المهر .

هــذا فــيما يتعلق بالمهر عقب عقد صحيح أما المهر عقب عقد غير صحيح فقد بينته المادة الثانية والعشرون ونصها :

"إذا وقعــت الفــرقة بعــد الدخول في عقد غير صحيح فإن كان المهر مسمى فيلزم أقل المهرين من المسمى و المثلي ، وإن لم يسم فيلزم مهر المثل " .

وطــبقا لهــذه المادة إذا حصل الدخول الحقيقي عقب عقد غير صحيح و كان هنالك مهــر مســمى قــدره خمسة آلاف دينار مثلا ، و قدر مهر مثل المراة بأربعة آلاف دينار ، إســتحقت المــرأة الأقــل مــن المهرين ، و هو هنا مهر المثل ،أما إذا لم يكن هنالك مهر مسمى فإنها تستحق مهر المثل .

---

(١) الدكتور عبدالرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري : ١/ ٢٨٢ .

(٢) الدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية : ص ٩٤ .

الزيادة في المهر والحط عنه :

يجوز للزوج أثناء قيام الزوجية حقيقة أو حكما أن يزيد في مهر زوجته شريطة أن يكون كامل الأهلية ، و أن تكون الزيادة معلومة ، وأن تقبل الزوجة هذه الزيادة لأنها هبة والهبة تحتاج إلى قبول الموهوب له (1) .

وإذا كان الزوج مريضا مرض الموت وفي أثناء ذلك طلب زيادة المهر لزوجته فإن الزيادة يجب ألا تتجاوز ثلث تركته .(2)

وبما أن الزوجة تملك مهرها بالعقد فإن لها الحق في التصرف فيه بأن تقوم بإبراء زوجها من المهر ، وكذلك يجوز لها الحط من مهرها طالما كانت كاملة الأهلية ، أما إذا كانت قاصرة فإن تنازلها أو تنازل وليها المجبر عن مهرها لايكون ملزما لها .(3)

---

(1) الدكتور أحمد علي وآخرون ، شرح قانون الأحوال الشخصية : ص ١٠٥ ، وقرار محكمة التمييز رقم ١٣٥٧ في ١٩٨١/٩/٢٢ ، إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية القضاء محكمة التمييز : ص ٢٥٥ ، وقرار محكمة التمييز رقم ٤٦ في ١٩٨٩/٤/٣٠، إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز / قسم الأحوال الشخصية : ص ١٨٤.

(2) جاء في قرار لمحكمة التمييز رقم ١٥١ في ١٩٧٨/٨/٢٠ : " طلب الزوج أثناء حياته زيادة مهر زوجته المؤجل بحجة خطأ في عقد الزواج يعتبر إقرار تمليك ويخرج مخرج الثلث من تركته إذا وقع أثناء مرض موته "إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القضائية لقضاء محكمة التمييز ، المصدر السابق ، ص ٢٥٤ ، وجاء في قرار محكمة التمييز رقم ١٨٥٥ في ١٩٧٢/٣/١، " إن الزيادة على المهر المتأخرة في عقد النكاح لاتعتبر من أصل المهر الذي أجري بموجبه العقد بل تعتبر هبة وفق الفقه الجعفري وبهذا يكون النظر في موضوعها خارجا عن إختصاص المحاكم الشرعية " .

(3) قرار محكمة التمييز رقم ١١٢٨ في ١٩٧٦/٧/٢٧ ، إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق : ص ٢٥٢ .

الفصل الثاني
نفقة الزوجة

المبحث الأول

نفقة الزوجة

حكمها ، وسبب وجوبها، وأسس تقديرها

النفقة في اللغة إما أنها مأخوذة من النفوق وهو الهلاك ، وإما أنها مأخوذة من النفاق ويعني الرواج ، وقد يكون المعنيان مقصودين في آن واحد لأن المال مطلوب ويستهلك بالإنفاق .[1]

والنفقة شرعا وقانونا ، إسم لما يصرفه الإنسان على من يعوله من زوجته وأولاده وأقاربه ، والنفقة التي تعنينا هي نفقة الزوجة فهي : إسم لما يصرفه الزوج على زوجته ، وسنخصص هذا المبحث لبيان حكمها وسبب وجوبها وأسس تقديرها وعلى الوجه الآتي :

المطلب الأول

حكم النفقة وسبب وجوبها

لا خلاف بين الفقهاء في أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها، وإستندوا في رأيهم هذا إلى عدة أدلة وهي :

- قوله تعالى : " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف " .

فالمولود له هو الزوج ، والواجب رزقهن وكسوتهن هنا : الزوجات .[2]

- قوله تعالى : " أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن " .[3]

قال الفقهاء إذا كان إسكان المطلقات والإنفاق عليهن في أثناء العدة واجبا ، كان إسكان

---

(١) يراجع إبن منظور ، لسان العرب ، إعداد وتحقيق يوسف الخياط ، تقديم الشيخ عبدالله علايلي ، مادة نفقه : ص ٦٩٣ – ٦٩٤ ، والدكتور أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي : ص ٢٠٧ .

(٢) (سورة البقرة : آية ٢٣٣) ، وينظر محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية : ص ٢٤٣ .

(٣) سورة الطلاق : آية ٦ .

الزوجة والإنفاق عليها واجبا بالطريقة الأولى .[1]

- قول الرسول صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع " ولهن عليكم كسوتهن ورزقهن بالمعروف " .[2]
- إن الزوجة محبوسة (متفرغة) لحق الزوج ، والقاعدة تقول من حبس لحق غيره فنفقته واجبة عليه .[3]

وتأسيسا على هذه الأدلة أوجب قانون الأحوال الشخصية النفقة على الزوج لزوجته فقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة الثالثة والعشرين .

ونرى أن الأساس في فرض النفقة على الزوج لزوجته دون العكس هو أن رعاية شؤون البيت وتربية الأولاد تتطلب من الزوجة تخصيص أكثر وقتها لذلك الغرض ، فأعفيت من الإنفاق حتى على نفسها، وهذا فضلا على أن الرجل أكثر تمكنا من الكسب عادة وأقدر على الإنفاق تبعا لذلك ، فهذا هو الأمر الغالب وعليه تدور الأحكام أما الأمر النادر فإنه ملحق بالعدم .

ولا تجب النفقة إلا بعد عقد صحيح ومعنى ذلك أن العقد الصحيح هو سبب وجوب النفقة ، ولا يوجد خلاف بين الفقهاء بهذا الشأن ، ولكن هل أن العقد الصحيح يكفي بمجرده لوجوب النفقة؟ هنا إختلف الفقهاء :-

ذهب الجمهور إلى أن النفقة لا تجب إلا بعد تسليم الزوجة نفسها للزوج وتمكينه من نفسها [4] ، وذهب الحنفية إلى أن النفقة تجب بإحتباس الزوجة لحق زوجها ويعنون بذلك بقاءها في بيت الزوجية متفرغة له .[5]

---

(١) يراجع زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٣٠٩-٣١٠ .

(٢) رواه مسلم .

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع : ١٦/٤ .

(٤) إبن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد : ٢/ ٥٨ - ٥٩ .

(٥) المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي : ٣٩/٢-٤٠ ، والسرخسي ، المبسوط : ١٨١/٥ .

وذهب إبن حزم الأندلسي إلى أن عقد الزواج لوحده كاف لوجوب النفقة ولا تأثير لحصول التسليم وعدمه .[1]

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية برأي الجمهور ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة والعشرين على ما يأتي :

(١-تجب النفقة للزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها الزوج بالإنتقال إلى بيته فإمتنعت بغير حق) .[2]

فقد دل هذا النص بعبارته على أن سبب وجوب النفقة ووقت إبتدائها تمام العقد الصحيح ، ودل بإشارته على أن التمكين معتبر في وجوب النفقة لأن التمكين أمر لازم للإنتقال إلى بيت الزوجية فالقبول بالإنتقال قبول بالتسليم والإمتناع عنه إمتناع عن التسليم ، وإيجاب القانون النفقة للزوجة بعد العقد الصحيح فيما لو كانت الزوجة غير المدخول بها باقية في بيتها ، لا يتعارض مع ما ذكرنا ، لأن عدم حصول التمكين في هذه الحالة ليس بسبب إمتناع الزوجة بل لأن الزوج لم يطلب ذلك بعد ، ومن هنا ذهب القضاء إلى أن الزوجة تستحق النفقة بالعقد الصحيح والتمكين .[3]

ونرى أن ما ذكرنا ينطبق أيضا على رأي الحنفية حينما قالوا بأن النفقة تجب بتحقق الإحتباس لأن التمكين لازم له .[4]

---

(١) أنظر : إبن حزم الأندلسي : المحلى : ١٠/٨٨ .

(٢) تم تعديل هذه الفقرة بموجب قرار رئاسة إقليم كردستان رقم ٦٢ في ٢٠٠٠/٤/٢٩ وأصبحت كالآتي " تجب نفقة الزوجة غير القادرة على العمل أو التي لاتملك دخلا خاصاها على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها بالإنتقال إلى بيته فإمتنعت بغيرحق " .

(٣) جاء في قرار محكمة التمييز رقم ٩١١ في ١٩٦٨/٤/١٧ (الزوجة تستحق النفقة على زوجها بالعقد الصحيح والتمكين) إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في قسم الأحوال الشخصية : ٢٧٣ .

(٤) ومن الأدلة على ذلك أنهم لم يوجبوا نفقة للزوجة إذا كانت صغيرة غير صالحة لأغراض الزواج ولو كانت في بيت الزوجية ، أنظر برهان الدين السيد الميرغناني ، المصدر السابق ، الهداية : ٢/٤٠.

ونـرى أن أدق مـا قـيل بهـذا الشأن هو قول الشافعي بأن سبب وجوب النفقة هو عقـد الـنكاح غـير أنها تستقر بالتمكين [1] ، ولا أرى أننا نبتعد عن هذا المفهوم إذا قلنا بأن العقد الصحيح سبب لوجوب النفقة والتمكين شرط له .

هـذا وقـد دلـت الفقـرة السابقة بمفهومها المخالف على أن العقد غير الصحيح لا يكـون سـببا لوجوب النفقة، كما أن عبارة (الزوجة) فيها جاءت بصورة مطلقة ومعنى ذلـك أن الـزوجة تسـتحق النفقة مسلمة كانت أو كتابية ، غنية كانت أو فقيرة، طبقا للقـاعدة الأصـولية القانونية التي تقول : المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة .

ولكـي يوضـح المشـرع عـبارة (بغـير حق) الواردة في الفقرة الأولى من المادة المذكورة جاء ونص في الفقرة التي تليها على ما يأتي :

(٢-يعتبر إمتناعها بحق ما دام الزوج لم يدفع لها معجل مهرها أو لم ينفق عليها) .

والحالـتان المذكورتـان جاءتـا على سبيل المثال لا الحصر، فلو إمتنعت الزوجة عن الإنـتقال إلى بيـت الزوجـية لعدم هيئة الزوج مسكنا شرعيا لها كان إمتناعها بحق أيضا واستمرت نفقتها .

المطلب الثاني

أسس تقدير النفقة

إن معـرفة مقـدار الـنفقة للزوجة متوقفة على معرفة عناصر النفقة ، وكذلك على معـرفة حـال مـن تقدر به النفقة ، ثم إن النفقة بعد تقديرها قابلة للزيادة أو النقص تبعا لتـبدل حـال مـن تقـدر بـه النفقة ، وتغير الأوضاع الإقتصادية ، وسنتكلم عن هذه الأسس الثلاثة المؤثرة في تقدير النفقة كل منها في فرع وعلى الوجه الآتي :

---

(١) جـاء في قـرار محكمة التمييز رقم ٩١١ في ١٩٦٨/٤/١٧ (الزوجة تستحق النفقة على زوجها بـالعقد الصـحيح والـتمكين) إبراهـيم المشاهدي ، المباديءء القانونية في قضاء محكمة التمييز ، المصدر السابق : ص ٢٧٣ .

أولا : عناصر النفقة :

عناصر النفقة هي مكونات النفقة، أو بعبارة أخرى هي الأمور التي توضع موضع إعتبار في تقدير النفقة .

وقد حددت الفقرة الثانية من المادة الرابعة والعشرين هذه العناصر ونصها :

(تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن ولوازمها وأجرة التطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها معين) .

جاءت مشتملات النفقة ومكوناهما في هذه المادة على سبيل الحصر ، والمفهوم المخالف لهذا النص أن الزوج لا يلزم بأن يؤمن لزوجته ما عدا الأمور المذكورة في هذه المادة [1] والتي نتناولها بالشرح وهي :

١. الطعام : إذا كانت الزوجة تسكن مع زوجها وكان الزوج يقوم بالإنفاق على الوجه المطلوب فليس لها طلب تقدير نفقة محددة لها، أما إذا أخل بواجبه فإن لها المطالبة بتقدير نفقة لها ، كما يجوز لها أن تأخذ من مال زوجها ولو بدون إذنه قدر ما يكفيها ويكفي أولادها بالمعروف .[2]

٢. الكساء : والمرجع فيه قدرة الزوج ومكانة الزوجة والعرف المتبع بهذا الشأن .

٣. السكن : على الزوج أن يهيىء لزوجته مسكنا يليق بها ، ويتناسب مع قدرته المالية وتتوفر فيه الشروط المطلوبة –التي تأتي لاحقا–وإذا إمتنع ورفعت أمرها إلى القضاء فرض لها القاضي أجرة مسكن .

٤. أجرة التطبيب: تعد الأدوية وأجرة التطبيب من توابع نفقة الزوجة على زوجها إذا مرضت الزوجة واحتاجت إلى مراجعة الطبيب وشراء الأدوية وسائر مصاريف العلاج ولقد إختلف الفقهاء بهذا الشأن :

ذهب الجمهور إلى أنها لا تعد من توابع نفقة الزوجة على زوجها ولا يلزم بذلك

---

(١) جاء في قرار محكمة التميز رقم ١٩٣٤ في ١٩٨٠/١/٢٤: إن تعهد الزوج بدفع نفقات التدخين غير ملزم له شرعا وقانونا لأن النفقة الزوجية تشمل الطعام والكساء والسكن والتطبيب وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها معين) ينظر على محمد إبراهيم الكرباسي ، شرح قانون الأحوال الشخصية : ص ٥٧ .

(٢) الدكتور أحمد عبيد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته ، المصدر السابق : ص١٠١.

قضاء بل تجب على الزوجة في مالها إن كان لها مال وعلى من تلزمه نفقتها من أهلها كأبيها لو لم تكن متزوجة [1] ، وذهب الزيدية والجعفرية إلى أنها تدخل ضمن مشتملات النفقة ويلزم الزوج بصرفها لها .[2]

وقـد أخـذ قـانون الأحوال الشخصية بالرأي الثاني ،وحسنا فعل المشرع لأن ذلك أمـر يفرضـه حسن المعاشرة والمودة التي يجب أن تقوم عليها الحياة الزوجية، ثم إنه ليس هنالك دليل شرعي معتبر يؤيد الرأي الأول .

٥. خدمة الزوجة : إذا طلبت الزوجة خادما يخدمها فإن الزوج يلزم بتلبية طلبها إذا كان موسرا والزوجة كانت ممن تخدم في بيت أهلها [3] أو كانت مريضة .

ثانيا : من تقدر به النفقة من الزوجين :

هـل تقـدر الـنفقة بحسب حال الزوج من اليسار و الإعسار ؟ أم بحال الزوجة من اليسار و الإعسار ؟ أم بحالهما معا ؟

إختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة آراء :

١-ذهـب بعضـهم إلى أن الـنفقة تقـدر بالنظر إلى حال الزوج وحده من جهة يساره وإعسـاره [4] وإسـتدلوا بقولـه تعـالى : " لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها " .[5]

فهـذه الآيـة أوجبت على الموسر والمعسر الإنفاق كل بحسب حاله فلا يكلف الزوج بالنفقة على زوجته فوق طاقته .

---

(١) المصـدر السـابق : ص ١٠٣ ، وأيضـا يونـس الـبهوتي ، شرح منتهى الإرادات : ٤١٤/٣ ، والخطيب الشربيني ، مغني المحتاج : ٤١٣/٣.

(٢) أحمـد بـن يحـيى المرتضـى ، الأزهـار في فقـه الأئمة الأطهار : ٥٣٤/٢ ، ومنهاج الصالحين ، السيد محسن الحكيم : ١٦٠/٢.

(٣) إبن جزي ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٦ .

(٤) وهـذا مذهـب الشـافعية والظاهرية وبعض الحنفية ، ينظر : الخطيب الشربيني ، المصدر السابق ، الجـزء الثالـث : ص ٤٣٢، وإبـن حـزم الأندلسـي ، المحـلى : ٨٨/١٠ ، و الكاسـاني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ٢٤/٤ .

(٥) سورة الطلاق : آية ٧ .

وهـذا الـرأي أخـذ قـانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في المـادة ١٦ منه ، وكذا قانون الأحوال الشخصية السوري فقد نصت المادة ٧٦ منه على أنـه (تقـدر الـنفقة للزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا و عسرا مهما كانت حـال الـزوجة عـلى ألا تقـل عن حد الكفاية) ،وهذا ما أخذ به أيضا مشروع قانون الأحوال الشخصية في الكويت في المادة ٥٧ منه .

٢-وذهب بعض الفقهاء إلى أنها تقدر بحال الزوجة .[1]

٣-وذهـب آخـرون من الفقهاء إلى أن النفقة تقدر بحسب حال الزوجين معا من اليسار والإعسـار[2] ، فـإن كانا موسرين وجبت لها نفقة اليسار ، وإن كانا معسرين وجبت لها نفقـة الإعسـار ، وإن كانا متوسطي الحال أو أحدها معسرا والآخر موسرا وجبت نفقة الوسـط، وبالـرأي الأخـير أخذ قانون الأحوال الشخصية في المادة السابعة والعشرين ، ونصها : (تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتيهما يسرا وعسرا) .

وهذا ما أخذ به أيضا القانون المغربي ومجلة الأحكام التونسية .

ونـرى أنـه كـان مـن الأجدر بالمشرع العراقي أن يأخذ بالرأي الأول لأن الرأي الـذي أخـذ به يحمل الزوج ما هو فوق طاقته، ويتضمن إجحافا بحقه إذ أن يسار زوجته يكون سببا لزيادة إعساره .

ثالثا : الزيادة والنقص في النفقة :

إن فـرض الـنفقة مـن قـبل المحكمة لا يمنع من زيادتها أو نقصها تبعا لحال الأسعار غـلاء ورخصا وتغير حال كل من الزوجين وقد نصت على ذلك المادة الثامنة والعشرون وعلى الوجه الآتي :

١-تجوز زيادة النفقة ونقصها بتبدل حالة الزوجين المالية وأسعار البلد .

٢-تقبل دعوى الزيادة أوالنقص في النفقة المفروضة عند حدوث طوارئ تقتضي ذلك .)

---

(١) الزيلعي : تبيين الحقائق : ٣/٥٠ ، وهذا رأي قلة من فقهاء الحنفية .

(٢) وهـذا مذهـب المالكـية والحـنابلة والجعفـرية وهو الرأي المفتى به في المذهب الحنفي ، ينظر : بـرهان الديـن المرغناني ، الهداية : ٢/٤١، ويونس البهوتي ، شرح منتهى الإرادات : ٣/٤١٤ ، ومحمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢/ ٥٠٩ .

وقد ذهب القضاء إلى أن دعوى زيادة النفقة لا تقبل إذا أقيمت قبل أقل من سنة من تأريخ صدور الحكم بالنفقة إلا إذا أثبت المدعي أن واردات المدعى عليه قد إزدادت عما كان يحصل عليه بتأريخ فرض النفقة .[1]

وعلى هذا يكون المقصود بالطوارئ زيادة دخل من عليه الإنفاق أو نقصه كأن يكون من عليه النفقة موظفا ويحال على التقاعد .

المبحث الثاني

سقوط النفقة وموانع إلزام الزوجة بالمطاوعة ونفقة زوجة الغائب

ثبوت النفقة وسقوطها يرتبط وإلى حد كبير بمطاوعة الزوجة لزوجها ونشوزها ولذلك رأيت جمعهما في مبحث واحد أخصص لسقوط النفقة مطلبا ولموانع إلزام الزوجة بالمطاوعة مطلبا ثانيا ولنفقة زوجة الغائب مطلبا ثالثا .

المطلب الأول

سقوط النفقة

تجب النفقة للزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح غير أنها قابلة للسقوط بنشوز الزوجة وحدوث حالات ذكرها المشرع العراقي في الفقرة الأولى من المادة الخامسة والعشرين والتي نتناولها بالذكر في فرع مستقل بعد الكلام عن معنى النشوز وحقيقته .

أولا : معنى النشوز وآثاره :

١- معنى النشوز : [2]

النشوز لغة ، مأخوذ من النشز وهو المكان المرتفع من الأرض ، وعلى هذا يكون

---

(١) قرار محكمة التمييز رقم ٥٠٢ في ١٦/١٠/ ١٩٨٢ ، مجموعة الأحكام العدلية العدد ١٩٨٤/١٢/٤: ص ٤٥ .

(٢) بموجب قرار رئاسة إقليم كردستان رقم (٦٢) في ٢٠٠٣/٤/٢٩ تم إستبدال عبارة (النشوز) ومشتقاته أينما وردت في القانون بعبارة (غير مطاوعة) مع أن الفرق بينهما قائم فكل ناشز غير مطاوعة وليس كل غير مطاوعة ناشز .

معنى نشوز المرأة ترفعها على الزوج وعدم مطاوعتها له .[1]

المقصود بالنشوز في القانون :

لم يرد في قانون الأحوال الشخصية تحديد لحقيقة المقصود بالنشوز ولعل هذا السكوت يعود إلى كثرة وتباين الحالات التي تدخل ضمن مفهوم النشوز بحيث يصعب جمعها في تعريف واحد، غير أن ذلك لم يمنع بعض القوانين كقانون الأحوال الشخصية السوري من بيان المقصود بالزوجة الناشز إذ نصت المادة ٧٥ منه على ما يأتي :

(الناشزة هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع زوجها من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقل إلى بيت آخر) .

إن هذا النص قصر النشوز على حالتين مع أن النشوز أعم من ذلك .

وإذا جئنا إلى الفقه الإسلامي لا نجد عند الفقهاء تعريفا متفقا عليه بل إختلفت تعريفاتهم وتفسيراتهم للنشوز ، نذكر تعريفين منها :

عرفها بعضهم بأنه عبارة عن (منع الزوجة زوجها من مقاربتها وخروجها بغير إذنه ومنعها دخول زوجها إلى بيتها لغير عذر) .[2]

و وسع بعض الفقهاء من نطاق النشوز عندما عرفوه بأنه عبارة عن : (معصية الزوجة لزوجها فيما له عليها مما أوجبه له النكاح) [3] ومثلوا لذلك بإمتناعها عن الفراش ، وخروجها من المنزل دون إذنه ، وإمتناعها من السفر والإنتقال معه .

ويلاحظ على التعريفات السابقة ما يأتي :

أولا : أن بعضها حصرت النشوز في صورتين أو ثلاثة مع أن النشوز لا يمكن حصره في صورة أو صورتين أو أكثر وإن كان من الممكن حصره في مبدأ واحد على ما سيأتي .

ثانيا : أن بعضها وضعت مبدأ عاما لكنها وسعت من نطاق النشوز إلى درجة كبيرة مع أنه ينبغي التضييق فيه لما يترتب على النشوز من آثار ذات أهمية كقطع النفقة ، والتفريق المترتب عليه كما سيأتي .

ولذلك ينبغي أن يعرف النشوز بتعريف يتجنب فيه حصر الحالات والصور وفي

---

(١) محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، طبعة ١٩٨٣ ، مادة نشز .

(٢) إبن جزي ، القوانين الفقهية : ص٢٢٧ .

(٣) إبن قدامة المقدسي ، المغني : ص٢٩٥ .

نفس الوقت لا يوسع نطاقه إلى درجة تجعل الحياة الزوجية عرضة للتصدع ومن ثم للإنهيار ، ولذلك نقترح أن يرد في القانون نص على الوجه الآتي :

(تعد الزوجة ناشزا إذا فوتت على زوجها حق المعاشرة بدون وجه حق) .

وإستخدمنا عبارة (فوتت) بدل (الإمتناع) لأن (فوتت) تشمل فوات المعاشرة بسبب حبسها أو دين ماطلت في سداده كما تشمل إمتناعها عمدا من تسليم نفسها لزوجها .

إننا إذا تأملنا في الأحوال التي أسقط الفقهاء والقانون فيها نفقة الزوجة نجد أن العلة الجامعة بينها هي(فوات التمكين) ، فالفقهاء – ما عدا إبن حزم الظاهري– متفقون على أن إمتناع الزوجة عن تسليم نفسها لزوجها يسقط نفقتها [1] لأن النفقة إذا كانت في مقابل التمكين فإنها تسقط بفواته .

ويلاحظ أيضا أن القانون لم ينص صراحة على سقوط النفقة بالنشوز بل أن ذلك يؤخذ من المفهوم المخالف للفقرة الأولى من المادة الرابعة والعشرين ونصها (تعتبر نفقة الزوجة غير الناشز ديناً في ذمة زوجها من وقت إمتناع الزوج عن الإنفاق) فإذا كانت نفقة الزوجة غير الناشز دَينا في ذمة زوجها من وقت إمتناعه فإن ذلك يعني أن الزوجة الناشز لا نفقة لها إذ لو كانت تستحقها وقت نشوزها لأصبحت دينا في ذمة زوجها ، وجاء في قرار لمحكمة التمييز رقم ٦ في ١٩٦٣/٦/٩ :(أن الحكم الصادر بالنشوز يعتبر في حقيقته إسقاطا للنفقة).[2]

٢– آثار النشوز :

إذا إستحصل الزوج حكما بمطاوعة زوجته فإمتنعت فإن حكم المطاوعة لا ينفذ جبرا [3] وعلى المحكمة أن تتريث في إصدار الحكم بالنشوز لكي تقف على حقيقة الأسباب التي تحول دون المطاوعة ، وإذا بذلت المحكمة كل مساعيها في سبيل إزالة تلك الأسباب ولم تصل إلى النتيجة المرجوة حكمت بالنشوز .

وهذه الأحكام تضمنتها الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة الخامسة والعشرين ونصها :

---

(١) إبن عبدالرحمان ، رحمة الأمة في إختلاف الائمة : ص ٢٢٧ .

(٢) إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز : ص٢٦٩ .

(٣) عبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص ٧٩ .

٣-على المحكمة أن تتريث في إصدار الحكم بنشوز الزوجة حتى تقف على أسباب رفضها لمطاوعة زوجها .

٤-على المحكمة أن تقضي بنشوز الزوجة بعد أن تستنفد جميع مساعيها في إزالة الأسباب التي تحول دون المطاوعة) .

وإذا أصدرت المحكمة حكمها بالنشوز فإنه يترتب على هذا الحكم أمران :

أولهما : سقوط نفقة الزوجة فور صدور الحكم بالنشوز .

ثانيهما : التفريق بين الزوجين إذا طلبه الزوج أو الزوجة وعلى النحو الوارد في الفقرة الخامسة من المادة (٢٥) ونصها والتي يأتي شرحها أثناء الكلام عن التفريق القضائي .

ثانيا : حالات سقوط النفقة :

سبق القول بأن النفقة تسقط بالنشوز ، لكن المشرع على ما سبق ذكره لم يقدم تعريفا للنشوز واستعاض عن ذلك بإيراد حالات تضمنتها الفقرة الأولى من المادة الخامسة والعشرين ونصها :

"١-لا نفقة للزوجة في الأحوال الآتية :

أ-إذا تركت بيت زوجها بلا إذن وبغير وجه شرعي .

ب-إذا حبست عن جريمة أو دَين .

جـ-إذا إمتنعت عن السفر مع زوجها بدون عذر " .

ونرى أنه كان من الأفضل أن يستغني عن ذكر هذه الأحوال بتعريف للنشوز لكي يشمل هذه الحالات وكل حالة تفوّت فيها الزوجة حق معاشرة زوجها لها بدون وجه حق ، فعند التأمل في هذه الأحوال يظهر أن العلة الجامعة بينها هي فوات التمكين ، ففي الحالة الأولى بخروجها عن بيت زوجها بدون إذن وبغير وجه شرعي ، وفي الحالة الثانية بحبس الزوجة بسبب من جهتها ، وفي الحالة الثالثة بإمتناعها عن السفر مع زوجها بدون عذر .

وواضح أن كل حالة من الأحوال المذكورة مقيدة بقيد تستمر النفقة عند إنتفائه فالخروج عن البيت بدون إذن الزوج لا يسقط النفقة إذا كان للخروج ما يبرره كأن تذهب لزيارة أحد أبويها لمرضه [1] أو أساء الزوج إليها إساءة بالغة كأن يتهمها بالسرقة

---

(١) المصدر السابق : ص ٧٢ .

أو الخيانة الزوجية وما أشبه بذلك .

وحبس الزوجة يسقط نفقتها إذا كان بسبب من جهتها أما إذا كان بسبب من جهة الـزوج فـإن نفقـتها تسـتمر [1] ، وإمتناع الزوجة عن السفر مع زوجها غير مسقط لنفقـتها طالمـا كان الإمتناع مستندا إلى سبب مقبول كأن تكون غير قادرة على السفر، أو إذا كـان الـزوج غـير أمين عليها ، أو إذا كان يقصد بطلبه الإضرار بها كأن تكون موظفـة ويعمـد الزوج إلى الحصول على النقل إلى مكان لا [2] تتواجد فيه دائرة زوجته ، أو لم يكن الزوج قد دفع لها معجل مهرها .[3]

فهـذه الأعـذار مقبولة إذا تمسكت بها الزوجة عند إمتناعها عن السفر والإنتقال مع زوجها، وبالتالي تستمر نفقتها ولا تسقط .

المطلب الثاني

موانع إلزام الزوجة بالمطاوعة

إن الطاعـة المطلوبـة مـن الـزوجة لزوجها قائمة على أساس التراحم وما هو حق وعدل ولذلك لا تلزم الزوجة بمطاوعة زوجها إذا كان الزوج متعسفا في طلب المطاوعة ولا يقصـد مـن وراء ذلك إلا الإضرار بها ، وحينئذ تستمر نفقة الزوجة حتى لو إمتنعت عـن مطاوعة زوجها ، وموانع إلزام الزوجة بالمطاوعة جاءت على سبيل المثال لا الحصر ، وفي النص إشارة إلى ذلك فقد جاءت الفقرة الثانية من المادة الخامسة والعشرين كما يأتي :

"٢-لا تلـزم الـزوجة بمطاوعـة زوجها ولا تعتبر ناشزا إذا كان الزوج متعسفا في طلب المطاوعـة قاصـدا الإضرار بها أو التضييق عليها ويعتبر من قبيل التعسف والإضرار بوجه خاص ما يأتي :

---

(١) الدكتور أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي : ص ٢١٠ وذهب بعض الفقهاء إلى أن الـزوجة حـتى إذا خطفت تسقط نفقتها ،وذهب أبو يوسف من فقهاء الحنفية إلى أن نفقتها تستمر ولا تسقط لأن فوات الإحتباس ليس بسببها ، ورأي أبي يوسف هو الأوجه .

(٢) عبدالقادر إبراهيم ، المصدر السابق : ص٧٢ ، وقرار محكمة التمييز رقم ٦٧٠ في ١٩٦٧/١١/٢٦ إبراهيم الشاهدي ، المصدر السابق : ص ٢١٣ .

(٣) قـرار محكمـة التمييـز رقـم ٦٧٠ في ١٩٦٧/١١/٢٦، وقـرار رقم ٣٤٣ في ١٩٦٥/٨/١، إبراهيم الشاهدي ، المصدر السابق : ص ٢١٣-٢١٢ .

أ-عدم تهيئة الزوج لزوجته بيتا شرعيا يتناسب مع حالة الزوجين الإجتماعية والإقتصادية .
ب-إذا كـان البيـت الشـرعي المهـيأ بعـيدا عن محل عمل الزوجة ، بحيث يتعذر معه التوفيق بين إلتزاماتها البيتية والوظيفية .
جـ-إذا كانت الأثاث المجهزة للبيت الشرعي لا تعود للزوج .
د-إذا كانت الزوجة مريضة بمرض يمنعها من مطاوعة الزوج .

إن الأحكـام المذكورة في هذه الفقرة تختص بالمسكن الشرعي ، ما عدا الحكم الأخير الخـاص بمـرض الزوجة ، وذلك لأن المسكن الشرعي موضع المعاشرة التي تتوقف عليها إستدامة نفقة الزوجة ،وللمسكن الشرعي شروط أخرى لا بد من توفرها فيه وهي التالية :
١-أن يكون ملائما لحال الزوج المالية ولمكانته الإجتماعية .
٢-أن يكون مشتملا على كل ما هو ضروري كالأثاث والفرش والأدوات المترلية وغيرها.
٣-أن يكون المسكن بين جيران صالحين تأمن الزوجة فيه على نفسها.
٤-أن يكون المسكن في مكان غيرمنقطع وموحش .
٥-أن تكـون ملكـية الأثـاث الموجودة في البيت عائدة للزوج لا لغيره كالزوجة أو أي شخص آخر ، كما يجب ألا تكون هذه الملكية محل نزاع .[1]
٦-أن يكون الزوج متواجدا في المسكن أغلب الأوقات .[2]
٧-أن يكون خاليا من سكنى الغير ، ويستثنى من ذلك الولد غير المميز للزوج من زوجة أخرى ، وقد نصت المادة السادسة والعشرون على أنه :-
" ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرتها في دار واحدة بغير رضاها وليس له إسكان

---

(١) قـرار محكمة التمييز رقم ١٣٧٢ في ١٩٧٣/٧/١٨ وفيه " للزوجة عدم مطاوعة زوجها إذا كانت الأثاث الموجودة في البيت الشرعي عائدة لها " النشرة القضائية ، العدد ٤السنة الرابعة : ص ١٨٩، وجاء في قرار رقم ١٩٩١ في ١٩٨٢/١٢/٢٩ " يجب تجهيز البيت الشرعي بأثاث بيتية غير متنازع عليه " ، مجموعة الأحكام العدلية العدد ٤ ١٩٨٢: ص ٤٩ .
(٢) قـرار محكمة التمييز رقم ٦٩٤ في ١٩٨٢/٥/٢٣ وفيه " يجب أن يتواجد الزوج في البيت الذي يعـده لزوجته ولا تعتبر ناشزا إذا إمتنعت عن مطاوعته بسبب تواجده في البيت خمسة عشر يوما من كل شهر " ينظر : مجموعة الأحكام العدلية العدد ٢ سنة ١٣، ١٩٨٢ : ص ٤٩ .

أحد من أقاربه معها إلا برضاها سوى ولده الصغير غير المميز " . [1]

٨-أن يكون المسكن بعيدا عن أهل الزوج ، إذا كان في جوارهم ضرر يلحق بالزوجة وإضافة إلى الحالات السابقة التي لم يلزم القانون فيها الزوجة بمطاوعة زوجها جاء المشرع العراقي ووضع مبدأ عاما في المادة الثالثة والثلاثين وهو أن الزوجة غير ملزمة بتنفيذ أي أمر مخالف لأحكام الشريعة ونص المادة :

" لاطاعة للزوج على زوجته في كل أمر مخالف لأحكام الشريعة وللقاضي أن يحكم لها بالنفقة " .

ومعنى ذلك أن الزوج إذا أمر زوجته بمقاطعة والديها – مثلا – أو بتقديم أية تسهيلات لإرتكاب أي فعل محرم فإن الزوجة لاتلزم بالمطاوعة وإذا إمتنعت تستمر نفقتها ولا تسقط .

المطلب الثالث

نفقة زوجة الغائب

إذا غاب الزوج أو فقد أو إختفى ورفعت الزوجة أمرها إلى القضاء طالبة النفقة فرض القاضي لها نفقة وقد يحكم لها بالإستدانة بإسم الزوج ، وقد ترفع الزوجة أمرها طالبة التفريق بينها وبين زوجها الغائب الذي تعذر تحصيل النفقة منه وهنا قد يحكم القاضي بالتفريق بينهما، وسنتكلم عن الحالة الأولى أما الحالة الثانية فإنه يتم شرحها اثناء الكلام عن التفريق لعدم الإنفاق :

إن النفقة واجبة على الزوج سواء كان الزوج حاضرا أو غائبا فغيبة الزوج أوفقده أو إختفاؤه لا تؤثر في لزوم إستمرارية النفقة وبناء عليه فإن للزوجة أن تطلب من المحكمة

---

(١) تم تعديل هذه المادة بموجب القانون رقم ١٩ السنة ١٩٩٩ قانون تعديل السادس عشر وأصبحت كالآتي : م ٢٦ " ١- ليس للزوج ان يسكن مع زوجته ضرها بغير رضاها في دار واحدة .
٢-للزوج أن يسكن مع زوجته في دار الزوجية ولده من غيرها حتى سن البلوغ .
٣-على الزوج إسكان أبويه أو أحدهما مع زوجته في دار الزوجية ، وليس للزوجة الإعتراض على ذلك " ، غير أن المادة بعد التعديل غير نافذة في كردستان لكونها قد صدرت بعد عام ١٩٩٢ .

فرض نفقة لها على زوجها الغائب [1] وحينئذ ليس على الزوجة إلا إثبات الزوجية بتقديم مستند عقد الزواج أو البينة الشخصية ، وبعد التأكد من موارد المدعى عليه والتزاماته ، وتعيين خبير لتقدير النفقة وتحليف الزوجة اليمين قبل إصدار الحكم بالنفقة على أن زوجها غائب ولم يترك لها نفقة ولا شيء من جنس النفقة [2] وأنها ليست ناشزا ولا مطلقة إنقضت عدتها ، يحكم القاضي بالنفقة من تأريخ إقامة الدعوى وينص في قرار الحكم على أن الزوجة مأذونة بالإستدانة بإسم الزوج وأن على الدائن — غير الأجنبي على الزوجة — الرجوع على الزوج عند الظفر به أو بماله .

فهذه الأحكام تضمنتها المادة التاسعة والعشرون ونصها :

(إذا ترك الزوج زوجته بلا نفقة وإختفى أو تغيب أو فقد حكم القاضي لها بالنفقة من تأريخ إقامة الدعوى بعد إقامة البينة على الزوجية وتحليف الزوجة بأن الزوج لم يترك لها نفقة وأنها ليست ناشزا ولا مطلقة وإنقضت عدتها ويأذن لها القاضي بالإستدانة بإسم الزوج لدى الحاجة) .

وسنتكلم فيما يأتي عن أحكام الإستدانة .

تبين مما تقدم أن إذن القاضي بالإستدانة يأتي بعد أن تحلف الزوجة بأن الزوج لم يترك لها مالا سواء في متناول يدها أو في يد أجنبي ، أما إذا ترك الزوج مالا ظاهرا من جنس النفقة كالنقود والطعام وكان في متناول يد الزوجة ، فرض القاضي لها النفقة وأذن لها بأخذ المقدار المفروض من مال زوجها ، بل أنها تقدر على أخذ ما يكفيها دون الرجوع إلى القضاء ، وأما إذا لم يكن في متناول يد الزوجة بل كان وديعة أو دَينا في ذمة شخص آخر فرض القاضي لها النفقة وأمر المودع أو المدين أن يسلم للزوجة المقدار المفروض لها من مال الزوج الذي عنده .

---

(١) عبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص ٧٦ – ٧٧ ، والمقصود بالغيبة هنا : من تعذر إحضاره إلى مجلس القضاء لسؤاله عن الدعوى بعيدا كان أو قريبا ولو كان مختفيا في البلد الذي وجدت فيه الزوجة ، ينظر : زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٣٣٤ .

(٢) عبدالقادر إبراهيم ، المصدر والإشارة السابقة .

وإذا لم يكـــن للـــزوج مـــال مـــن جـــنس النفقة كالنقود والطعام بل كانت له دور وعقـــارات فـــرض القاضـــي لهـــا النفقة وإذن لها بإستيفاء النفقة المفروضة من أجرة تلك الـــدور والعقـــارات غير أنه ليس من حقها أو حق القاضي أن يبيع شيئا من أموال الزوج لإستيفاء النفقة منه .

و إذا لم يكـــن للـــزوج مـــال ظاهـــر حكم القاضي لها بالإستدانة بإسم الزوج عند الحكـــم لهـــا بالنفقة وعلى الوجه الذي سبق ذكره ، وحينئذ إذا لم تكن الزوجة ذات مال أو دخـــل يلـــزم قريـــبها الذي تلزمه نفقتها–لو لم تكن ذات زوج–كالأب والجد والأخ إقراضها مقدار النفقة المفروضة عند المقدرة وله الرجوع على الزوج فقط بما أنفق .

وإذا لم يكـــن لهـــا قريـــب أو وجد لكنه كان معسرا ولم يستطع إقراضها وكانت غير قادرة على العمل إلتزمت الدولة بالإنفاق .

ويتضح مما تقدم أن الدولة تقوم بالإنفاق عند تحقق الشروط التالية :

١–وجود حكم وفق المادة ٢٩ من القانون.

٢–كونهـــا معســـرة ومأذونـــة بالإســـتدانة ولم تستطع الحصول على النفقة من الزوج ولم يوجد من قريب أو أجنبي من يقرضها نفقتها .

٣–كونها غير قادرة على العمل وما تقدم هو مضمون المادة (٣٠) ونصها :

" إذا كانـــت الـــزوجة معســـرة ومأذونـــة بالإستدانة حسب المادة السابقة فإن وجد من تلـــزمه نفقـــتها (لو كانت ليست بذات زوج) فيلزم بإقراضها عند الطلب والمقدرة وله حـــق الـــرجوع عـــلى الـــزوج فقط ، وإذا إستدانت من أجنبي فالدائن بالخيار في مطالبة الـــزوجة ، وإن لم يوجـــد مـــن يقرضـــها وكانت غير قادرة على العمل إلتزمت الدولة بالإنفاق " .

المبحث الثالث

حكم دين النفقة والنفقة المؤقتة

المطلب الأول

دين النفقة

الفقهاء متفقون على أن النفقة واجبة على زوجها من وقت إنشاء العقد الصحيح غير أنهم إختلفوا في وقت إعتبارها دينا في ذمة الزوج على رأيين :

أحدهما : (وهو مذهب جمهور الفقهاء) ، أن النفقة تصبح دينا في ذمة الزوج إعتبارا من وقت إمتناع الزوج عن الإنفاق ، ولاتسقط بعد ثبوتها دينا الابالأداء أو الإبراء .[1]

ثانيهما : وهو مذهب الحنفية : أن دين النفقة ثلاثة أقسام .

- دين نفقة تراضى عليها الزوجان أو قضى بها القاضي ثم إستدانتها الزوجة بإذن الزوج أو القاضي ، فهذا يكون دينا قويا لايسقط إلا بالأداء أو الإبراء .
- دين نفقة تراضى عليها الزوجان أو قضى بها القاضي ولكن لم يؤذن للزوجة بالإستدانة ، وهذا دين ضعيف يسقط بالأداء أو الإبراء ، وبنشوز الزوجة وموت أحد الزوجين كما يسقط بالطلاق إذا كان بسبب من جهتها كسوء خلقها وإلا لا يكون مسقطا .
- دين نفقة لم يتراض عليها الزوجان ولا قضى بها القاضي ، كنفقة ما دون الشهر فإنها تعتبر دينا ضعيفا .[2]

وبرأي الجمهور أخذ قانون الأحوال الشخصية في المادة الرابعة والعشرين فنصت على أنه :

" تعتبر نفقة الزوجة غير الناشز دينا في ذمة زوجها من وقت إمتناع الزوج عن الإنفاق ".

---

(١) محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢/٢٦٠ ، ومحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج : ٤٣٠ .

(٢) إبن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار : ٢/٨٨٦ ، والدكتور أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي : ص ٢١٨ .

وإذا صارت النفقة دينا وإمتنع الزوج عن دفعها لزوجته أجبر على ذلك عن طريق التنفيذ الجبري ، فإن كان له مال باعه القاضي عليه وأعطى الزوجة نفقتها ويجوز لها أن تطلب حبسه إذا لم يكن له مال ظاهر ، غير أن هذا الحبس لا يسقط الدين لأنه ليس عوضا بل هو وسيلة يلجأ إليها لحمله على إظهار ماله ، وإذا كان الزوج معسرا فإن لها الإستدانة بإسمه كما يجوز لها أخذ كفيل بالنفقة المتجمدة .(١)

وإذا مات الزوج ولم يكن قد سدد ما عليه من دين النفقة فإن من حق الزوجة أن تقيم الدعوى على ورثة زوجها بنفقتها الماضية المترتبة بذمة الزوج حال حياته بإعتبارها دينا في ذمته ، فيحكم بها لها إضافة إلى تركة الزوج المتوفي . (٢)

ومعنى ذلك أن النفقة المتراكمة في ذمة الزوج لزوجته لاتسقط بوفاة الزوج كما أنها لاتسقط بالطلاق وعلى هذا نصت المادة الثانية والثلاثون وكمايأتي :
" لاتسقط المقدار المتراكم من النفقة بالطلاق أو بوفاة أحد الزوجين " .

المطلب الثاني

النفقة المؤقتة

تنص المادة الحادية والثلاثون على أن :

١. للقاضي أثناء النظر في دعوى النفقة أن يقر تقدير نفقة مؤقتة للزوجة على زوجها ويكون هذا القرار قابلا للتنفيذ .
٢. يكون القرار المذكور تابعا لنتيجة الحكم الأصلي من حيث إحتسابه أو رده .

خول قانون الأحوال الشخصية القاضي أثناء جلسات المرافعة بعد تأكده من ثبوت الزوجية أن يفرض للزوجة على زوجها نفقة مؤقتة قابلة للنفاذ المعجل (٣) ، وللقاضي

(١) الدكتور أحمد علي الخطيب ، والدكتور حمد عبد الكبيسي ، والدكتور محمد عباس السامرائي ، شرح قانون الأحوال الشخصية : ص١٢٥ .

(٢) قرار محكمة التمييز رقم ١٤٢١ في ١٩٧٧/٧/٢٦ ، مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الأول ، السنة التاسعة : ص٧٣ .

(٣) عبد القادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص٧٨ ، والدكتور أحمد علي الخطيب ، المصدر السابق : ص١٢٣.

أن يصدر حكمه بفرض النفقة المؤقتة بعد تسجيل الدعوى مباشرة ولو بدون طلب من الزوجة ، وإذا كانت النفقة المؤقتة نفقة إعسار [1] فإنها تفرض من قبل المحكمة مباشرة أما إذا أرادت المحكمة فرض نفقة يسار [2] مؤقتة فيجب فرضها بالإستناد إلى رأي خبير أو أكثر طبقا للمادة ١/١٤٠ من قانون الإثبات ، هذا ما يتعلق بالفقرة الأولى ، أما بالنسبة للفقرة الثانية فمعناها :-

أن المبلغ المفروض من النفقة المؤقتة – يحتسب أو يرد تبعا لنتيجة الحكم ، فإذا حسمت الدعوى بفرض نفقة مستمرة قدرها (١٠٠) مئة دينار – مثلا – من تأريخ إقامة الدعوى فتثبت في الحكم العبارة التالية :

" مع إحتساب النفقة المؤقتة البالغة (٥٠) خمسين دينارا شهريا المفروضة بالقرار المؤرخ في .... " .

وإذا ردت دعوى طلب النفقة لعدم إستحقاق المدعية النفقة أصلا كأن كانت ناشزا أو مطلقة أو لأي سبب آخر فتذكر المحكمة العبارة التالية :-

" تقرر رفع النفقة المؤقتة البالغة (٥٠) خمسين دينارا شهريا المفروضة بالقرار المؤرخ كذا " وبذلك يكون المبلغ المدفوع كنفقة مؤقتة دينا للزوج في ذمتها .

وتستهدف هذه المادة إيجاد حل عاجل للزوجة ، ريثما تنتهي إجراءات الدعوى التي قد تطول أحيانا إلى درجة تتضرر فيها الزوجة المعسرة إلى حد كبير .

---

(١) نفقة الإعسار : يقصد بها النفقة التي تكفل الحد الادنى لما تحتاجه الزوجة المدعية في ظل الوضع الإقتصادي القائم وقت رؤية الدعوى ، عبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ٧٧ (بتصرف)

(٢) نفقة اليسار : وهي النفقة التي تغطي إحتياجات الزوجة ، المصدر السابق ، الإشارة نفسها .

الباب الرابع

إنحلال عقد الزواج



إن الفـــرقة بـــين الـــزوجين قـــد تحصـــل بـــإرادة الزوج المنفردة وتسمى طلاقا ، وقـــد تحصل بحكم القضاء وتسمى التفريق القضائي ، وقد تحصل بإتفاق الزوجين و تسمى (الخلع) أو الطلاق الخلعي .

وسنتكلم عن كل نوع من هذه الفرق في فصل مستقل .

وبهذا فإن هذا الباب يتضمن الفصول التالية :

- الفصل الأول : الطلاق .
- الفصل الثاني : التفريق القضائى .
- الفصل الثالث : التفريق الإختياري (الخلع) .

وبمـــا أن القـــانون قد سكت عن التفريق بحكم الشرع فإننا نخصص له مبحثا مستقلا نضيفه إلى الفصول المتقدمة .

الفصل الأول

الطلاق

المبحث الأول

تعريف الطلاق و الغايه من تشريعه و الفرق بينه وبين الفسخ

المطلب الأول

تعريف الطلاق

الطلاق لغة : رفع القيد حسيا كان هذا القيد أو معنويا .

و شرعا : إختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الطلاق لختارمنها التعريف الآتي .

" الطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مخصوص " .(١)

ويلاحظ من هذا التعريف مايأتي :

- إن لفظ النكاح ورد فيه بصورة مطلقة ويؤخذ من ذلك أن المقصود هو النكاح الصحيح ، ومعناه أن الطلاق يرد على العقد الصحيح ، أما إذا كان فيه خلل فإن إنهاءه يكون بالفسخ ، وإذا كان فاسدا أو باطلا فإن إنهاءه يكون بالمتاركة ، ثم إن العقد إذا لم يكن صحيحا فلا يعد قيدا أصلا حتى يرفع .

- لايؤدي الطلاق إلى إنهاء العلاقة الزوجية في الحال دائما كما في الطلاق البائن ، بل أحيانا يرد الطلاق والعلاقة الزوجية تبقى قائمة لفترة محددة كما في الطلاق الرجعي فإن تلك العلاقة تظل باقية لحين إنتهاء عدة المطلقة ، وهذا هو المقصود بعبارة (في المآل) .

- جاءت عبارة (بلفظ مخصوص) في التعريف وذلك بغية تمييز الطلاق عن الفسخ لأن الأخير لايحتاج إلى لفظ مخصوص ، ويشمل اللفظ المخصوص كل مادل على الطلاق من الألفاظ الصريحة أو الكنائية ، ولايشترط أن يكون إيقاع الطلاق باللفظ بل قد يتم بالكتابة أو الإشارة .

وعرف قانون الأحوال الشخصية الطلاق في الفقرة الأولى من المادة الرابعة والثلاثين و نصها :

---

(١) الشربيني ، مغني المحتاج : ٢٧٩/٣ ، و الحصكفي ، الدر المختار : ٥٧٠/٢ .

" الطـــلاق رفـــع قـــيد الـــزواج بإيقاع من الزوج أو الزوجة إن وكلت به أو فوضت أو من القاضي ، ولايقع الطلاق إلا بالصيغة المخصوصة له شرعا " .

ومـــا يمـــيز هذا التعريف عن التعريف الشرعي هو أنه أقر بوضوح إيقاع الطلاق من قـــبل الـــزوجة إذا فوضـــها الـــزوج حق تطليق نفسها ، كما أقر إيقاع الطلاق من قبل القاضي و هذان الأمران ليسا محل إتفاق بين الفقهاء .[1]

ويلاحـــظ أن هـــذا الـــتعريف تضمن عبارة (وكلت) وعبارة (فوضت) وهذا يعني أن الطلاق يقع من الزوجة في صورتين :ـ

الأولى : (التوكيل) وذلك بأن يوكلها الزوج في طلاق نفسها .

الثانية : (التفويض) وهو أن يملك الزوج زوجته حق تطليق نفسها .

ويفترق التوكيل عن التفويض فيما يأتي :ـ

١ـ إن المفـــوض يعمـــل بمشـــيئته أما الوكيل فإنه يعمل بمشيئة الموكل ويترتب على ذلك أن المفـــوض مخـــتار في إيقاع الطلاق وعدم إيقاعه أما الوكيل فليس له الخيار في تنفيذ ماوكل به .

٢ـ لايملـــك المفـــوض الـــرجوع عـــن التفويض بعد صدوره منه ، أما الموكل فإنه يملك الرجوع عما وكل به طالما لم ينفذه الوكيل .

٣ـ التفويض يتم من جانب الزوج وحده ، أما التوكيل فإنه يتم بالإيجاب والقبول .

٤ـ إن الـــتفويض لايـــبطل بـــإنعدام أهلية المفوض ، أما التوكيل فإنه يبطل بزوال أهلية الموكل .[2]

---

(١) ذهـــب الظاهـــرية إلى أنـــه لايجـــوز للقاضي أن يفرق بين الزوجين ، ينظر : إبن حزم الأندلسي ، المحلي : ١٠٩/١٠ .

(٢) الحصـــكفي ..الـــدر المخـــتار : ٦٥٣/١٠ ، و زكي الدين شعبان ، الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٤٥٥-٤٥٦ ، والدكـــتور أحمـــد الغـــندور ، الأحـــوال الشخصـــية التشـــريع الإسلامي : ص ٣٢٣-٣٢٤ ، وذهـــب بعـــض الفقهـــاء إلى أن للزوج الرجوع عن التفويض قبل أن تطلق .. أنظـــر : أبـــو إســـحاق الشـــيرازي ، المهـــذب : ٨٠/٢ ، وإبـــن قدامـــة المقدســـي ، المغني والشرح الكبير : ٢٨٨/٨ .

وسنذكر لاحقا أهم الأحكام الخاصة بتفويض الطلاق للزوجة .

وجديــر بالذكر أن الصيغة المخصوصة للطلاق في الفقه الجعفري هي صيغة " طالق " فلــو قال الزوج لزوجته أنت مطلقة، أومن المطلقات ،لم يقع الطلاق ولو كان الزوج ينوي بــه الطــلاق ، فصــريح الطــلاق عندهم لفظ واحد وهو " أنت طالق " أو هي طالق ، أو فلانة طالق مع مقارنة النية له .[1]

ونصت الفقرة الثانية من المادة الرابعة والثلاثين على أنه :—

"٢–لايعتد بالوكالة في إجراءات البحث الإجتماعي وفي التحكيم وفي إيقاع الطلاق " .

مــنع المشــرع بموجــب هــذه الفقــرة الوكالة في إيقاع الطلاق لغير الزوجة كما منع الوكالة في إجراءات البحث الإجتماعي وفي التحكيم وذلك لسببين :

أولهما : أن الزوجين هما أدرى بخلافهما من غيرهما .

ثانيهما : أن لقاءهما ببعضهما في تلك الإجراءات أكثرمن مرة قد يؤدي إلى تصالحهما .

وبموجــب هــذه المــادة لابــد في إيقاع الطلاق من حضور الزوج بنفسه أو الزوجة المفوضــة أو الــتي تم توكيلها بنفسها ، أما إجراءات الدعوى فإنه يجوز التوكيل فيها وهذا مستفاد من المفهوم المخالف لنص الفقرة المذكورة .

المطلب الثاني

الغاية من تشريع الطلاق

إن عقــد الــزواج عقد مستمر دائم ، محله حل المعاشرة بين الزوجين بغية بناء حياة مشــتركة تســودها السكينة و الإطمئنان لكي يحقق هذا الزواج رغبة الإنسان في إنجاب الذريــة و التناســل ، ولكن قد يحدث في الحياة الزوجية ما يتعارض تماما مع تلك الغايات فتصــبح حــياتهما جحــيما نتيجة للتباين في الطباع أو التفاوت في السلوك و الأخلاق أو بســبب عــدم الإنجــاب ، فجعل الله تعالى الطلاق مخرجا من الضيق إذ أن إلزام الزوجين بالإستمرار في عقد لم يحقق أهدافه أمريأباه المنطق و العقل السليم .

---

(١) يــنظر : محمــد بــن حســين بــن علي الطوسي ، الخلاف في الفقه : ٢٣١/٢، والمحقق الحلي ، شرائع الإسلام : ١٧/٣ .

فلـسيس الطـــلاق أداة إيـــذاء بـــل هـــو وســيلة نجـــاة من حياة لاتطاق و إذا إتخذ بعض الأزواج الطلاق وسيلة لإيذاء الزوجة فإن هذا لايخل بالحكمة التي من أجلها شرع الطلاق ، وعدم محاسبة القضاء في الشريعة الإسلامية لهؤلاء لايعني الرضا بما يصنعون بل لأن مساءلتهم و البحث في الأسباب قد يؤدي إلى إفشاء أسرار يضر بالزوجين و أسرتيهما وفي هذا ضرر أشد إيذاء من الطلاق .

ومـــع أن الشـــريعة لم تمـــنع الطلاق إلا أن كثيرا من الفقهاء يرون أن الأصل فيه هو الحظـــر مســـتندين إلى نصوص شرعية منها قوله صلى الله عليه وسلم " أبغض الحلال إلى الله الطلاق " .

المطلب الثالث

الفرق بين الطلاق و الفسخ

قـــيد المشـــرع الطـــلاق بكونه واقعا بالصيغة المخصوصة له شرعا وفي هذه العبارة إخـــراج للفســـخ لأن الفسخ لا يحتاج إلى صيغة مخصوصة ولهذا ينبغى بيان الفرق بينهما وهو كالآتى :

١- إن الطـــلاق يعـــد إنهـــاء للعقـــد بعد إنشائه صحيحا، أما الفسخ فإنه رفع للعقد من أصـــله ونقض له ، وهذا النقض قد يحصل لخلل مقارن للعقد كالفسخ بخيار البلوغ ، أو لسبب طارئ كردة الزوجة .

٢- إن الطـــلاق قـــد يـــنهي العلاقة الزوجية في الحال كما في الطلاق البائن وقد ينهيه في المآل كما في الطلاق الرجعي ، أما الفسخ فإنه يقطع العلاقة الزوجية في الحال .

٣- إن الطـــلاق قـــد يكون بائنا لايملك الزوج الرجعة فيه ، وقد يكون رجعيا يملك فيه حق إعادة زوجته ، أما الفسخ فإنه فرقة بائنة لا رجعة فيها .

٤- الطـــلاق يـــنقص عـــدد مايملكه الزوج من الطلقات على زوجته كما لو طلق رجل زوجته ثم راجعها أثناء العدة أما الفسخ فإنه لا يؤثر في عدد الطلقات .[١]

---

(١) الدكتور وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المصدر السابق : ص٦٨٦٤-٦٨٦٥ .

المبحث الثاني

تفويض الطلاق للزوجة

إعتبر قانون الأحوال الشخصية الطلاق واقعا من الزوجة إذا فوضها الزوج حق تطليق نفسها غير أنه لم يذكر المقصود بالتفويض ولا أيا من الأحكام المتعلقة به ، وهذا يعني أن على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

لذا نبين فيما يأتي معنى التفويض ، و وقته ، ونوع الطلاق الواقع به وعلى النحو الآتي :

أولا : تعريف التفويض :

التفويض هو أن يملك الزوج زوجته حق تطليق نفسها .[1]

وللفقهاء عبارات خاصة تفيد التفويض كالتمليك ، والتخيير [2] وغيرها لانرى حاجة للتفصيل في ذكرها وتمييزها عن بعضها وما يعنينا هنا قوله أن بإمكان الزوج إعطاء حق الطلاق لزوجته .

وقت التفويض :

التفويض قد يتم اثناء العقد أو بعده فإذا كان في أثناء العقد فيشترط أن تكون المرأة هي الموجبة و ذلك لأن الزوج إنما يملك الطلاق بعد الإيجاب والقبول فإن كان موجبا لم يملك الطلاق قبل القبول فلم يجز تفويضه للزوجة .

وجدير بالذكر أن بعض الفقهاء ذهبوا إلى أن صيغة التفويض إذا جاءت مطلقة عن التوقيت فإن حق الزوجة في تطليق نفسها يتقيد بالمجلس فإن تغير المجلس أو ظهر مايدل

---

(١) الدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية ، المصدر السابق : ص١٢٨، وعرفه بعض الفقهاء بأن التفويض هو أن يملك الزوج زوجته حق تطليق نفسها منه أو يملك غيره تطليق زوجته تمليكا معلقا على مشيئته بأن يقول له طلق زوجتي إن شئت ، غير أن القانون حصر جواز التفويض على تفويض الزوج زوجته أما منح هذا الحق لغير الزوج فإنه غير وارد ولهذا أوردنا التعريف أعلاه .

(٢) ذكر الحنفية ثلاثة ألفاظ في تفويض الطلاق إلى الزوجة وهي : طلقي نفسك ، وإختاري نفسك وأمرك بيدك ، فالأول من صريح الطلاق لايحتاج إلى نية ، أما الثاني و الثالث فلا يثبت بهما التفويض إلا بالنية ، ينظر: الزيلعي ، تبيين الحقائق : ٢/٢١٩ .

علـى الإعـراض عن مقتضى التفويض سقط حقها[1] ، وإن كان التفويض مقيدا بزمن معـين ثبت حق الطلاق للمفوضة في الوقت المخصص إلى نهايته[2] ، وهم يفرقون في هذا بـين ألفاظ التفويض فيترتب على كل لفظ منها حكم خاص به ، وخلاصة مايهم قوله هو أن الجمهور أجازوا إستمرار التفويض إلى وقت إيقاع الزوجة الطلاق مهما طال الوقت .

عدد الطلقات الواقعة بألفاظ التفويض :

إذا تم الـتفويض فللـزوجة عـند تضررها من معاشرة زوجها أن تقيم دعوى تطلب الحكـم بـالطلاق فـإذا طلقـت نفسها كان الطلاق صحيحا وصيغة الطلاق أن تقول : " إني طالق منك يازوجي " .[3]

ولكن هل يقع هذا الطلاق رجعيا أم بائنا ؟

ذهـب الحنفـية إلى أن التفويض إذا كان بلفظ (إختاري نفسك) أو (أمرك بيدك) كـان الطلاق بائنا[4]، أما إذا كان بصريح الطلاق فإن الأمر متوقف على عدد الطلقات الـتي يفوضـه الزوج لها[5] ، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن التفويض مقيد بإرادة الزوج ، فـإذا أراد الـزوج تفويضها طلقة واحدة كان لها الحق في أن تطلق نفسها طلقة واحدة ، وإذا أراد ثـلاث طلقـات كان لها ذلك ، و ذهب بعض الفقهاء إلى أن التفويض إذا كان بلفـظ (أمـرك بيدك) كان لها أن تطلق نفسها الطلقات الثلاث ولا يلتفت إلى إعتراض الزوج بأنه لم يفوضها إلا طلقة واحدة .[6]

وذهـب القضـاء إلى إيقاعـه رجعيا إذا اقتضت مصلحة الزوجة ذلك كطلاق زوجة الغائب المفوضة بطلاق نفسها لإحتمال أن يعود الزوج وهي في عدتها فترجع إلى زوجها .

---

(١) المرغيناني ، الهداية : ٢٤٣/١، و أبو اسحاق الشيرازي ، المهذب : ٨٠/٢ .

(٢) المرغيناني ، المصدر السابق : ١/ ٢٤٩ ، وإبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٢/ ٢٨٨ .

(٣) عبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص ٨٤ .

(٤) السمناني ، روضة القضاة : ٩٧٥/٣ .

(٥) المرغيناني ، المصدر السابق : ٢٤٧/١ .

(٦) إبن قدامة المقدسي ، المصدر السابق : ٢٩١/٨، وإبن جزي ، القوانين الفقهية : ص٢٣٨-٢٣٩ .

وإلى إيقاعـه بائنـا إذا كـان ذلك هو الأصلح للزوجة كما إذا أرادت الخلاص من زوجهـا لتضـررها بسبقائها معه كزوجة ، بل أن بإمكان الزوجة أن توقعه بائنا أو رجعيا حسب مصلحتها .[1]

والـذي نـراه أن التفويض إذا كان بطلقة واحدة – وهو أمر مستبعد لإنتفاء جدوى التفويض في هذه الحالة – فليس للقضاء إلا إيقاع الطلاق بطلقة واحدة رجعية أما إذا كان بالطلقات الثلاث فإن بإمكان القضاء إيقاع الطلاق وفق ما تقتضيه مصلحة الزوجة .

وتجـب الإشـارة إلى أن التفويض لايسلب الزوج حق طلاق زوجته المفوضة إذ أن حقه في طلاق زوجته يبقى قائما وقت التفويض .

المبحث الثالث

أقسام الطلاق

ينقسم الطلاق إلى أقسام بإعتبارات متعددة نذكرها فيما يأتي :

أولا : ينقسم الطلاق من حيث إمكانية إرتجاع ا لزوجة إلى طلاق رجعي و طلاق بائن :

والطـلاق الـرجعي : وهـو الذي يملك الزوج بعده إعادة زوجته إليه مادامت في العدة بدون توقف على رضاها وبدون حاجة إلى عقد ومهرجديدين .

أما الطلاق البائن فهو نوعان :

طـلاق بـائن بيـنونة صغرى : وهو الذي لا يملك الزوج بعده إعادة زوجته إلا برضاها وبعقد جديد ومهر جديد ودون أن تتوقف هذه الإعادة على زواج زوجته من رجل آخر .

طـلاق بـائن بيـنونة كبرى : وهو الذي لايملك الزوج بعده أن يعيد زوجته إلابرضاها وبعقـد ومهـر جديدين وبعد أن تتزوج من رجل آخر زواجا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يفارقها بسبب من أسباب الفرقة أو يموت عنها وتنقضي عدقما منه .

والأصل في الطلاق أنه يقع رجعيا لقوله تعالى " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو

---

(١) الدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية : ص١٣١ .

تسريح بإحسان " ، غير أنه يقع بائنا في الحالات الآتية :[1]

١. الطلاق المكمل للثلاث ، وذلك لأن الطلاق مرتان كما في النص السابق إذ لا أمل يبقى في تحقق حياة زوجية مستقرة بعد أن يطلق الزوج زوجته للمرة الثالثة .
٢. الطلاق قبل الدخول ولو تحققت الخلوة الصحيحة المجردة عن الدخول ، وذلك لأن المطلقة قبل الدخول لاعدة عليها .
٣. الطلاق على مال ، وذلك لأن المرأة بهذا المال تريد التخلص من حياة زوجية لاتريدها ، ولاتتحقق هذه الغاية إلا إذا كان الطلاق بائنا حتى لايتمكن الزوج من إعادتها إليه دون رضاها .[2]
٤. التفريق القضائي ، ومثل ماتقدم ذكره بشأن الطلاق على مال يقال هنا أيضا.

وذهب الجعفرية إلى إعتبار طلاق الصغيرة واليائسة طلاقا بائنا دخل بهما الزوج أم لم يدخل بهما .

حكم الطلاق الرجعي :

تثبت مع الطلاق الرجعي الأحكام التالية :-

١. نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج .
٢. إمتلاك الزوج حق إعادة زوجته المطلقة أثناء عدتها ويسقط هذا الحق بإنتهاء العدة .
٣. بقاء حق المعاشرة بين الزوجين وللزوجة على زوجها حق النفقة ، كما أن التوارث بينهما يبقى قائما فإذا مات أحد الزوجين أثناء العدة ورثه الزوج الآخر

---

(١) محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية : ص ٣٣٠ ، والدكتور أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي : ص ٣٨٩ ، وذكر الحنفية حالات أخرى لوقوع الطلاق بائنا وهي : وصف الطلاق بما يدل على البينونة ، والطلاق بلفظ من ألفاظ الكناية ، والطلاق المشبه بشيء يدل على العظم كأن يقول لزوجته " أنت طالق كالجبل ، والطلاق المقرون بأفعل التفضيل كأن يقول لها انت طالق أشد الطلاق " ، أنظر محمد ابو زهرة ، المصدر السابق : ص ٣٣١ ، والدكتور أحمد الغندور ، المصدر السابق : ص ٣٨٩ ، وينبغي أن يضاف إلى الحالات الأربعة المذكورة طلاق الزوجة التي فوضها زوجها حق تطليق نفسها .

(٢) على رأي جمهور الفقهاء يضاف إلى هذه الثلاثة الطلاق المقترن بعدد الثلاث لأن الطلاق الثلاث يقع به ثلاث طلقات عندهم .

مالم يكن هناك مانع من موانع الإرث .[1]

٤. عدم جواز عقد الزوج على من تحرم عليه من النساء كأخت زوجته مادامت الزوجة – الأولى – في العدة ، كما لايجوز له أن يتزوج بخامسة .

٥. أن مجرد الطلاق إذا كان رجعيا لايحل ما أجل من المهر إلى أقرب الأجلين لأن الزوجية قائمة ، وأنما يحل المؤجل إذا إنتهت العدة بدون مراجعة حيث تكون الزوجة بانت من زوجها .[2]

٦. المطلقة رجعيا زوجة يلحقها طلاق الزوج وظهاره وإيلاؤه ولعانه .

المقصود بالرجعة وكيفيتها :

يقصد بالرجعة : إعادة الزوج زوجته إليه ويعنى ذلك إبقاء النكاح على ماكان عليه ، وتتحقق الرجعة بالقول أو الفعل ، وبما أن المادة الثامنة والثلاثين نصت على أنه " تثبت الرجعة بما يثبت به الطلاق " فإن ذلك يعني أن القانون قد إشترط الإشهاد على الرجعة .[3]

وتجب الإشارة إلى أن الرجعة حق ثابت للزوج لاتسقط بإسقاطه لأن إسقاط هذا الحق يعني تغير حكم شرعي ثابت بالنص ، فلو قال لزوجته أنت طالق على أن لايكون لى الحق في الرجعة فإن حقه في إرتجاع زوجته يبقى قائما .

حكم الطلاق البائن :

أ– الطلاق البائن بينونة صغرى .

تترتب على هذا الطلاق عدة أحكام و هي :

١. إنقطاع الحياة الزوجية في الحال ،وعدم بقاء من أحكام الزوجية سوى العدة و نفقتها .

٢. نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته فيما إذا عقد عليها مرة أخرى ، وهذا فيما إذا لم تتزوج من رجل آخر و دخل بها ثم طلقها أو مات عنها وإنتهت عدتها منه فحينئذ إذا جاءت و تزوجت من الزوج الأول فإنه يملك عليها ثلاث طلقات عند جمهور الفقهاء .

---

(١) ذهب الشافعية والمالكية في المشهور إلى تحريم الإستمتاع بالمرأة المطلقة طلاقا رجعيا .

(٢) محمد حسين الذهبي ، الأحوال الشخصية بين مذهب السنة والجعفرية : ص ٢٤٠ .

(٣) الدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية ، المصدر السابق : ص ١٤٣ .

٣. يحين أجل مؤخر المهر بمجرد الطلاق .

٤. إذا مات أحد الزوجين لا يرثه الآخر ولو في أثناء العدة .

٥. تحل المطلقة لمطلقها بعقد جديد .

٦. إذا كانـــت المـــرأة مطلقـــة بالألفاظ الصريحة في الطلاق وكانت في عدتها فإن طلاق زوجهـــا لها يعتبر واقعا عند الحنفية، وعند جمهور الفقهاء لايلحقها الطلاق لأن الطلاق السابق قطع الزوجية فلا تكون الزوجة محلا لطلاق جديد .

ب- حكم الطلاق البائن بينونة كبرى :

يشترك الطلاق البائن بينونة كبرى مع الطلاق البائن بينونة صغرى في الأحكام السابقة فيما عدا الحكمين الآتيين :-

١. البيـــنونة الكـــبرى نهاية ما يملك الزوج على زوجته من الطلاق وعليه فلا محل بعدها لطلاق آخر يوقعه الزوج على المرأة بإتفاق الفقهاء .

٢. لا يســـتطيع المطلق(طلاقا بائنا بينونة كبرى)أن يتزوج من مطلقته إلا بعد أن تتزوج مـــن رجـــل آخـــر زواجا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها وتنتهى عدتها منه .

وأكثر هذه الأحكام نصت عليها المادة الثامنة والثلاثون وكما يلى :

"الطلاق قسمان :-

١- رجعـــي ، وهو ماجاز للزوج مراجعة زوجته أثناء عدتها منه دون عقد وتثبت الرجعة بما يثبت به الطلاق .

٢- بائن وهو قسمان :-

أ. بينونة صغرى : وهي ما جاز فيه للزوج التزوج بمطلقته بعقد جديد .

ب. بيـــنونة كـــبرى : وهي ما حرم فيه على الزوج التزوج من مطلقته التي طلقها ثلاثاً متفرقات و مضت عدتها .

ثانيا : الطلاق السني و الطلاق البدعي :

ينقسم الطلاق من حيث موافقته للسنة و معارضته لها إلى قسمين وهما :

١- الطلاق السني .

٢- الطلاق البدعي .

وعــرف بعــض الفقهــاء الطــلاق الســني بأنه الطلاق الذي لايحرم إيقاعه والطلاق البدعي مايحرم إيقاعه .[(١)]

وما يعتبره الفقهاء من الطلاق السني بالإتفاق هو :

١- إذا طلــق الــزوج زوجــته المدخول بها و هي في حالة طهر من الحيض أو النفاس ولم تكن حاملا .

٢- إذا طلقها وهي في حالة طهر لم يجامعها فيه .[(٢)]

وإختلف الفقهاء فيما عدا هاتين الحالتين وما ذكروه من حالات الطلاق السني :-

١-إذا طلقها طلقة واحدة .

٢-إذا لم يكن الطلاق في وقت كانت الزوجة معتدة من طلاق سابق .[(٣)]

ويضيف بعض الفقهاء حالة أخرى وهي : أن يكون إيقاع الطلاق لسبب يدعو إليه .[(٤)]

وبناء على ما تقدم فإن الطلاق البدعي هوما خالف الشروط والقيود المذكورة .

وفــيما يخــص الطــلاق الــبدعي فإنــه لاخلاف بين الفقهاء في أن المطلق آثم أما بشأن وقوع الطلاق فقد إختلفوا على النحو الآتي :

---

(١) أبوبكر إبن محمد الدمشقي ، كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار : ٢/٤٩٦ .

(٢) المصــدر الســابق ، الإشــارة نفســها ، وإبــن جــزي ، القــانونين الفقهــية : ص٢٣٠ ، و أبــو الليــث الســمرقندي ، خــزانة الفقــه ، المصــدر السابق ، ص١٦٦ ، والمحقق الحلى ، شرائع الإسلام ، المصدر السابق : ٣/٢٣ .

(٣) إبــن جــزي ، المصدر السابق ، الإشارة نفسها ، وابوالليث السمرقندي ، المصدر السابق ، الإشارة نفسها وفيه " وأما طلاق البدعة فهو على أربعة أوجه (١) أن يطلقها بكلمة واحدة (٢) أن يطلقها في حال الحيض (٣) أو في طهر جامعها فيه إلا أن تكون حاملا (٤) أو طلقها أكثر من ثلاث " وجاء في القوانــين الفقهية لإبن جزي : ص ٢٣٠ ، " الطلاق السني ما اجتمعت فيه أربعة شروط وهي: أن تكــون المرأة طاهرا من الحيض والنفاس حين الطلاق إتفاقا ، وأن يكون زوجها لم يمسها في ذلك الطهــر إتفاقا وأن تكون الطلقة واحدة خلافا للشافعي ، وأن لا يتبعها طلاقا آخر حتى تنقضى العدة خلافا لابي حنيفة وأما البدعي فهوما نقصت منه هذه الشروط أو بعضها " .

(٤) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٣٧٨ .

١. إختلفوا في طلاق الحائض والنفساء أوطلاق الزوجة في حالة طهر جامعها فيه الزوج على رأيين :-

- ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع الطلاق [(١)] وذهب الظاهرية والجعفرية وإبن تيمية وإبن القيم من الحنابلة إلى عدم وقوعه [(٢)] أما بالنسبة إلى القانون فإنه لم يتعرض لهاتين الحالتين وحكمهما وهو بذلك ترك الأمر للقضاء للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ،ولقد ذهبت محكمة التمييز في عدة قرارات لها إلى عدم إيقاع طلاق زوجة هي في حالة حيض فقد جاء في قرار لها مايأتي : (يشترط أن تكون المطلقة طاهرا حال الطلاق ولايصح طلاق الحائض إلا إذا غاب الزوج عنها حال طهر لم يواقعها فيه وطلق دون علمه بحيضها فطلاقه واقع وإن صادف زمان الحيض) .[(٣)]

وتجب الإشارة إلى أن أكثر الفقهاء القائلين بوقوع طلاق الحائض ذهبوا إلى القول بإجبار المطلق على إرتجاع المطلقة أثناء العدة ، وذهب بعضهم إلى أن الإرتجاع مندوب وليس واجبا .[(٤)]

ويبدو رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو وقوع طلاق الحائض لأن الطلاق متعلق بإرادة الزوج ونيته وهذه صفة قائمة به ولاصلة لها بالحالة الخلقية للمرأة .

٢. الطلاق الثلاث بلفظ واحد :

إختلف الفقهاء في وقوع هذا الطلاق وعدم وقوعه والعدد الواقع به من الطلقات على مذاهب وهي :-

---

(١) إبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٢٣٧/٢.

(٢) ينظر : إبن حزم الأندلسي ، المحلى : ٢/ ١٦١، والمحقق الحلى ، شرائع الإسلام : ٢٣/٣ ، ومجموع فتاوى إبن تيمية : ٣٣/ ٧ و مابعدها ، وإبن القيم الجوزية زاد المعاد في هدي خير العباد : ٤٣/٤ .

(٣) قرار رقم ٢٦٧ في (١٩٦٣/٩/١٧) ، وجاء في قرارها المرقم ٦٦في (١٩٧٩/٢/٤) " لايقع طلاق الزوجة إذا لم يكن في حالة طهر " ، ينظر : مجموعة الأحكام العدلية العدد ٢ السنة العاشرة .

(٤) إبن رشد الحفيد ، بداية المجتهد : ٧٠/٢ .

- ذهـــب جمهـــور الفقهـــاء إلى أنه يقع به ثلاث طلقات ولأفرق في ذلك بين أن تكون المطلقة مدخولابها أو غير مدخول بها .[1]
- وذهـــب بعـــض الفقهـــاء إلى وقوع ثلاث طلقات إن كانت المطلقة مدخولا بها وإلى وقوع واحدة إذا كانت غير مدخول بها .[2]

وذهـــب بعـــض الفقهاء إلى وقوع طلقة واحدة [3] ، وبهذا أخذ قانون الأحوال الشخصية فقـــد نصـــت الفقـــرة الثانـــية من المادة السابعة والثلاثين على أن " الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لايقع إلا واحدة " .

٣. الطلاق بدون سبب يدعو إليه (الطلاق التعسفي) .

ذهـــب أكـــثر الفقهـــاء إلى أن حق الزوج في الطلاق مقيد بالحاجة إلى إيقاعه وإذا لم يكن هـــنالك مـــا يدعـــو إلـــيه فإن المطلق يكون آثما وهذا عند الفقهاء القائلين بأن الأصل في الطلاق هو الحظر .

أمـــا بالنســـبة إلى وقوعـــه فـــلم نعثر على رأي لأحد من الفقهاء بعدم وقوعه ، وفي القـــانون يعـــد الطلاق واقعا بدليل مانصت عليه الفقرة الثالثة من المادة التاسعة والثلاثين مـــن أنـــه : " إذا طلـــق الزوج زوجته وتبين للمحكمة أن الزوج متعسف في الطلاق وأن الـــزوجة أصـــابها ضـــرر مـــن جراء ذلك تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناســـب وحالـــته الماديـــة ودرجـــة تعسفه يقدر جملة على أن لايتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى " .

وإشـــارة نـــص هـــذه الفقرة تقضي بوقوع الطلاق التعسفي لأن تقدير التعويض يعنى أن الطلاق قد وقع .

---

(١) المصـــدر الســـابق : ص ٦٦ ، وابو اسحاق الشيرازي ، المهذب : ٨٤/٢ ، وابن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٢٤٣/٨ .

(٢) ومن هؤلاء الفقهاء سعيد بن جبير ، ينظر : إبن قدامة المقدسي .. المصدر السابق ، الإشارة نفسها .

(٣) يـــنظر : الطوســـى ، الخـــلاف في الفقـــه : ٢٢٦/٢-٢٢٧ ، نقلا عن الأستاذ الدكتور مصطفى إبراهـــيم الـــزلمي ، مـــدى سلطان الإرادة في الطلاق : ١/ ٢٧٠-٢٧١ ، وإبن قدامة المقدسي ، المصدر السابق ، الإشارة نفسها ، وإبن رشد ، المصدر السابق ، بداية المجتهد : ٦٦/٢ .

ثالثا : الطلاق الصريح و الطلاق الكنائي :

ينقسم الطلاق من حيث اللفظ الدال عليه إلى طلاق صريح و طلاق كنائي .

١- الطلاق الصريح [1] : وهو ما صدر بلفظ لا يحتمل غير الطلاق لغة أو عرفا .

وحكم هذا الطلاق أنه يقع بدون الحاجة إلى نية أو دلالة حال .

٢- والطلاق الكنائي : وهو ما صدر بلفظ يحتمل الطلاق و غيره مما لم يتعارف الناس إستخدامه للطلاق مثل أن يقول لزوجته : ألحقي بأهلك ، إذهبي ، أخرجي ، أمرك بيدك وما إلى ذلك من العبارات .

وحكم الطلاق الكنائي أنه يقع به الطلاق مع النية فإن كان الزوج ينوى به الطلاق يعد طلاقا وإلا فلا يعد طلاقا ، وذهب بعض الفقهاء إلى أنه يقع بالنية و دلالة الحال [2] كأن يصدر اللفظ الكنائي أثناء الكلام عن الفرقة .[3]

وتجب الإشارة إلى أن عبارة " إلا بالصيغة المخصوصة له شرعا " الواردة في التعريف القانوني تشمل الطلاق الكنائي شمولها للطلاق الصريح .

---

(١) واللفظ الصريح عند الحنفية هو (أنت طالق) وكذا (مطلقة) و (طلقتك) والألفاظ الصريحة في الطلاق عند الشافعية و الحنابلة هي (الطلاق) و (الفراق) و (السراح) وما يشتق من هذه الألفاظ ، وأضاف الشافعية إلى الألفاظ الصريحة كل لفظ شاع و إشتهر إستخدامه كطلاق ، و اللفظ الصريح عند المالكية هو الطلاق و مشتقاته وأضافوا إليه الكنايات الظاهرة كلفظ السراح و الفراق و أنت بائن فحكم هذه الألفاظ عندهم حكم اللفظ الصريح يقع بها الطلاق بدون حاجة إلى النية .. أنظر : السمناني ، روضة القضاة : ٩٧٢/٣ ، والمرغيناني ، الهداية : ٢٣٠/١ ، ويحيى بن زكريا النووي ، روضة الطالبين : ص ١٣٥٢ ،وإبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٢٦٣/٨ ، وإبن جزي ، القوانين الفقهية : ص ٢٣٣-٢٣٤ .

(٢) الكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ٣/ ٣٧٩ .

(٣) إبن قدامة المقدسي ، المصدر السابق : ٢٦٧/٨.

رابعا : الطلاق المنجز و الطلاق المعلق و الطلاق المضاف للمستقبل :

١- الطـــلاق المـــنجز : هو ماكانت صيغته مطلقة غير مضافة إلى زمن مستقبل ولا معلقة عـــلى حصـــول أمر في المستقبل كأن يقول الرجل لزوجته : أنت طالق أو مطلقة أو طلقـــتك ، وحكمه أنه واقع في الحال و تترتب عليه آثاره بمجرد صدوره إذا توفرت فيه الشروط .

٢- الطـــلاق المضـــاف للمستقبل : هو الطلاق الذي أضيف وقوعه إلى وقت في المستقبل كـــأن يقـــول الـــزوج لزوجته : أنت طالق غدا أو بداية السنة المقبلة وحكمه وقوع الطـــلاق بحلـــول الـــزمن المضاف إليه إذا كانت المرأة محلا لوقوع الطلاق عليها عند ذلك الوقت وكان الرجل أهلا لإيقاع الطلاق .

٣- الطـــلاق المعلـــق : وهـــو مارتب وقوعه على حصول أمر في المستقبل بأداة من أدواة الشـــرط مثل (إن) و(إذا) و (متى) و (لو) ونحوها كأن يقول الزوج لزوجته : إن دخلت دار فلان فأنت طالق وإن خرجت من المترل بغير إذني فأنت طالق .

وحكـــم الطـــلاق المعلق أنه يقع شريطة أن يكون الشرط المعلق عليه الطلاق معدوما عـــلى خطـــر الوجود أي يحتمل أن يكون وأن لايكون ، وأن يحصل المعلق عليه والزوجية بـــين الـــرجل والمـــراة تكون قائمة حقيقة أو حكما ، ولا يشترط عند حصول المعلق عليه أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق .

وهـــذا هـــو الحكـــم الشرعي أما في القانون فقد نصت المادة السادسةو الثلاثون على أنه " لا يقع الطلاق غير المنجز أو المشروط أو المستعمل بصيغة اليمين " .
والطلاق المعلق و الطلاق المضاف يعدان من الطلاق المشروط و غير المنجز .
وبمـــا أن الـــنص المذكـــور تضمن الطلاق المستعمل بصيغة اليمين فإننا نذكر خلاصة لآراء الفقهاء بشأنه فيما يأتي :

الطلاق المستعمل بصيغة اليمين (الحلف بالطلاق) :-

وهو أن يقول الزوج: بالطلاق سأفعل كذا، أو علي الطلاق لأفعلن كذا، فإذا لم يفعل ما عزم عليه هل يقع طلاقه أم لا ؟ إختلف الفقهاء على ثلاثة آراء :[1]

الرأي الأول : يقع الطلاق إذا حنث في يمينه .

وهذا مذهب جمهور الفقهاء .

الرأي الثاني : لايقع به طلاق ولاتجب به كفارة .

وهو مذهب الظاهرية والجعفرية .

الرأي الثالث : لايقع به طلاق وتجب به كفارة .

وهو مذهب بعض الفقهاء كإبن تيمية وإبن القيم من الحنابلة .

وقد ذكرنا موقف القانون بشأنه .

المبحث الرابع
من لايقع طلاقه من الأزواج

نصت المادة الخامسة والثلاثون بفقرتيها على ذكر عشرة أشخاص لايقع طلاقهم وتلتها المادتان السادسة والثلاثون والسابعة والثلاثون بذكر أنواع لطلاق لايقع .

ونورد هذه المواد مع شرح مايحتاج منها إلى الشرح .

تنص المادة الخامسة والثلاثون على مايأتي :

" لايقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم :

١. السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض .

٢. المريض في مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة وترثه زوجته .

---

(١) ينظر : لهذه الآراء و أدلتها الأستاذ الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، مدى سلطان الإرادة في الطلاق : ٣٠٣/١ ومابعدها ، وإبن قيم الجوزية .. إعلام الموقعين عن رب العالمين : ١٢٧/٤-١٣١ .

١ – طلاق السكران :

لاخلاف بين الفقهاء في عدم وقوع طلاق السكران بمباح [1] كأن يكون سكره بسبب إكراه أو إضطرار أو جهل بالمادة المسكرة .

وإختلفوا في طلاق السكران بمحظور :

فذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع طلاقه مطلقا .[2]

وذهب بعضهم إلى عدم وقوع طلاقه مطلقا .[3]

وذهب آخرون إلى أنه إذا كان معه تمييز وقع وإلا فلايقع . [4]

وأخذ قانون الأحوال الشخصية بالرأي الثاني وهو عدم وقوع طلاق السكران وهذا يؤخذ من إطلاق لفظ السكران الوارد في النص السابق الذكر .

٢ – طلاق المجنون والمعتوه :

إتفق الفقهاء على عدم وقوع طلاق المجنون إذا طلق في حالة جنونه أما إذا كان جنونه غير مطبق بأن كان منقطعا فإذا طلق في حال إفاقته فإن طلاقه يقع [5] إذا كان بالغا .

والمعتوه يلحق بالمجنون في عدم وقوع طلاقه .

وقد ورد النص القانوني السالف الذكر بعدم وقوع طلاق المجنون وكذلك بعدم وقوع طلاق المعتوه من غير تفرقة بين معتوه فاقد للادراك والتمييز و معتوه غير فاقد للإدراك والتمييز .

---

(١) محمد بن عبدالرحمان الدمشقي ، رحمة الأمة : ص ٢٣١ .

(٢) محمد بن نصر المروزي ، إختلاف العلماء ، تحقيق صبحي السامرائي : ص١٤٤–١٤٥.

(٣) وإليه ذهب الظاهرية والجعفرية وبعض الحنفية وبعض الشافعية كالمزني ، وهو رواية عن الإمام أحمد ، ينظر : إبن حزم الأندلسي ، المحلى ، المصدر السابق : ٥٢/٢، والمحقق الحلي ، شرائع الإسلام : ١٢/٣ ، والسمناني ، روضة القضاة : ٣/ ٩٧٢، وإبن القيم ، إعلام الموقعين ، المصدر السابق : ٦٦/٤ .

(٤) ينظر : الخرشي ، شرح الخرشي على مختصر خليل :٣٢/٤ .

(٥) ينظر : السرخسي ، المبسوط : ١٧٨/٦ .

٣- طلاق المكره :

الإكراه هو حمل الغير على أن يعمل عملا دون رضاه .

ولقد إختلف الفقهاء في طلاق المكره .

فذهب جمهورهم إلى عدم وقوع طلاقه .[١]

وذهب الحنفية إلى أن طلاقه واقع .[٢]

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية برأي الجمهور .

والإكــراه الــذي يؤثــر على صحة التصرفات من ضمنها الطلاق لابد من أن تتوفر فيه الشروط الآتية :

١. أن يكون المكره ذا قوة بحيث لايستطيع المكره دفعه .
٢. أن يكون المهدد به ضررا بالغا .
٣. أن يغلب على ظن المكره أن المكره سينفذ وعيده .
٤. ألا يكــون الإكــراه بغير حق كإكراه القاضي الزوج على إيقاع الطلاق لسبب يبرر ذلك فإنه يقع .
٥. أن يــأتي المكــره بنفس اللفظ الذي أكره عليه فلو أكره على طلاق زوجة معينة من زوجاته فطلق أخرى وقع طلاقه على الثانية .
٦. أن يهدد المكره بعقوبة عاجلة .

٤- طلاق الغضبان :

الــذي علــيه جمهــور الفقهاء أن الغضب إذا كان بصورة يخرج الغضبان عن طبيعته العادية بحيث يغلب الهذيان على أقواله وأفعاله فإن طلاقه لايقع .[٣]

---

(١) ينظر : إبن رشد الحفيد ، بداية المجتهد : ٨٨/٢ ، ومحمد بن عبدالرحمان ، رحمة الأمة : ص ٢٣٢ ، والسمناني ، روضة القضاة : ٩٦٢/٣ .

(٢) ينظر : الكاساني بدائع الصنائع : ١٧٩٢/٤ ، وبن الهمام ، شرح فتح القدير : ٣٩/٣ .

(٣) يــنظر : إبــن القــيم ، إعلام الموقعين ٤/ ٦٧ ، ومحمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على شرح الكبير : ٣٦٦/٢ .

وذهب بعض الفقهاء منهم الشافعية إلى وقوع طلاق الغضبان مستندين إلى قاعدة سد الذرائع من جهة وإلى عدم إشتراطهم النية مع الطلاق الواقع بصيغة صريحة .[1]

وأخذ قانون الأحوال الشخصية برأي الجمهور حيث إشترط لعدم وقوع طلاق الغضبان أن يكون فاقدا للتمييز ، ومعنى ذلك أن الغضب الإعتيادي لايؤثر في وقوع الطلاق .

وتجب الإشارة إلى أن القانون لم يوقع أيضا طلاق فاقد التمييز بسبب الوقوع في مصيبة مفاجئة أو بسبب كبر السن أو بسب المرض .

فالواقع في مصيبة مفاجئة كأن يعتري الشخص حالة إنفعال لايدرى فيها مايقول أو يفعل نتيجة تعرضه لحالة فزع شديد أو بموت شخص عزيز عليه وفي هذه الحالة لايقع طلاقه .

وكذلك لايقع طلاق شخص فقد التمييز بسبب كبر السن أو بسبب مرض .

ولايقصد بالمرض هنا مرض الموت بل كل مرض يجعل الشخص فاقدا للتمييز ، فإذا طلق المريض زوجته في حال هذيانه فلما أفاق أنكر أن يكون قد طلق زوجته فلا يلزمه الطلاق ويحلف أنه ماشعر بما وقع منه .[2]

٥-المريض مرض الموت :

وهو المرض الذي يؤدي غالبا إلى الهلاك ويتصل به الموت وهو كما وصفه الحنفية :- من أضناه مرض عجز به عن إقامة مصالحه المعتادة خارج البيت كعجز العالم الفقيه عن الإتيان إلى المسجد وعجز التاجر عن الإتيان إلى دكانه .[3]

ولقد ذهب الغالبية العظمى من الفقهاء إلى وقوع طلاقه وذهب بعض الفقهاء إلى عدم وقوع طلاقه [4] وبهذا الرأي أخذ قانون الأحوال الشخصية في المادة الخامسة والثلاثين .

---

(١) الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، مدى سلطان الإرادة في الطلاق : ٢/ ٢٧ .

(٢) ينظر : محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي : ٣٦٦/٢ .

(٣) الدكتور وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته : ص ٦٩٧٧ .

(٤) ينسب هذا الرأي إلى الحسن البصري ، ينظر : الدكتور أحمد الكبيسي .. الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية ، المصدر السابق ، ص ١٢٤

وألحق المشرع بالمريض مرض الموت الشخص الذي يقع في حالة يغلب في مثلها الهلاك كالمحكوم عليه بالإعدام وهو يقدم للتنفيذ ، أو الراكب في سفينة أشرفت على الغرق ، أو في طائرة أشرفت على السقوط ، أوكان الشخص أسيرا لدى دولة إعتادت قتل الأسرى، فهولاء وأمثالهم يعتبرون في تلك الحالة كالمريض مرض الموت وحكمهم حكمه .

أنواع أخرى من الطلاق :

هناك أنواع أخرى من الطلاق لم يتعرض القانون لذكرها لذا نذكرها فيما يأتي بإختصار .

١. طلاق الصبي المميز :

وللفقهاء في هذا الطلاق رأيان :

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وقوعه [١]، وذهب بعض الفقهاء كالحنابلة إلى وقوع طلاق الصبي الذى يعقل الطلاق [٢]، وهو رواية عن مالك بن انس [٣]، وفي مذهب الجعفرية أيضا رواية بالجواز . [٤]

وبالنسبة إلى القانون فإنه لم يشترط سنا معينة للمطلق تأسيسا على ما إشترطه في أهلية الزواج من إتمام الثامنة عشر من العمر ، ويبقى إحتمال طلاق صادر من شخص أكمل الخامسة عشر من العمر وتزوج بإذن المحكمة فهذا الشخص وإن كان من حيث سنه يعد ناقص الأهلية غير أن قانون رعاية القاصرين إعتبر الشخص الذي أكمل الخامسة عشر من العمر وتزوج بإذن المحكمة كامل الأهلية [٥] وبناء على ذلك فإن طلاقه يعد واقعا ، ولولا هذا النص لكان طلاقه باطلا لأنه تصرف ضار .

---

(١) ابو الليث السمرقندي ، خزانة الفقه : ص ١٧٢ ، ويحى بن زكريا النووي ، روضة الطالبين : ص ١٣٥١ ، وإبن رشد الحفيد ، بداية المجتهد : ٢/ ٨٨ ، وجعفر بن الحسن الحلي ، المختصر النافع : ص ١٩٧ .

(٢) يونس البهوتي ، شرح منتهى الإرادات : ١٢٢/٣ .

(٣) إبن رشد الحفيد ، بداية المجتهد : ٨٨/٢ .

(٤) جعفر بن الحسن الحلي ، المصدر السابق ، الإشارة نفسها .

(٥) تنص المادة السادسة والثمانون من قانون رعاية القاصرين على ذلك ، على أن عبارة (الخامسة عشر) عدلت إلى (السابعة عشر) بموجب قرار رقم ٦٢ الصادر من إقليم كردستان .

٢. طلاق السفيه :

السفه خفة تبعث الإنسان على العمل بخلاف مقتضى العقل ، ولقد إختلف الفقهاء في صحة طلاق السفيه ومن ثم وقوعه وعدم وقوعه .

ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع طلاقه سواء كان محجورا عليه أو غير محجور عليه .[١]

وذهب بعض الفقهاء إلى عدم وقوع طلاق السفيه المحجور عليه لذهابهم إلى بطلان تصرفات السفيه .[٢]

ونرى أن محل الحجر في السفيه هو (التصرفات المالية) والطلاق من حيث الأصل لايعد تصرفا ماليا لذلك فإن الراجح هو مذهب الجمهور .

٣. طلاق الولي (الولاية الخاصة)[٣] :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لايحق للولي أن يطلق زوجة القاصر الذي تحت ولايته سواء كان صغيرا أو مجنونا أو من في حكمهما ، وقالوا إذا كان الزوج صغيرا ينتظر إلى بلوغه ، وإذا كان مجنونا وتضررت الزوجة من معاشرته رفعت أمرها إلى القضاء وفرق القاضي بينهما .

وذهب بعض الفقهاء منهم المالكية إلى صحة طلاق الولي إذا كان أبا أو جدا عند عدم الأب .

وذهب الجعفرية إلى أن للولي أبا كان أو جدا أن يطلق عن المجنون المطبق إذا دعت مصلحة إلى ذلك وإتصل جنونه بصغره ، وإذا جن بعد البلوغ أو لم يوجد الولي فالحاكم هو الذي يتولى التطليق وليس للولي ولا الحاكم التطليق على الصبي والمجنون ذو

---

(١) ينظر : إبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير: ٨/ ٢٥٩، والشربيني ، مغني المحتاج : ٣/٢٧٥.

(٢) يقول الأستاذ الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، بشأن موقف الفقه الزيدي " يفهم من عموم ماورد في البحر الزخار (تصرفات المحجور عليه للسفه باطلة) : عدم صحة طلاق السفيه لأن لفظ (تصرفات) جمع مضاف وبذلك يعتبر من صيغ العموم والعام يحمل على عمومه مالم يكن هناك مخصص ولم أجده ويرى الأستاذ الدكتور أن الطلاق إذا ترتبت عليه إلتزامات مالية يجب إعتباره غير صحيح ويرى أنه إذا كانت هنالك ضرورة تدعو إلى الطلاق فليتم ذلك عن طريق القضاء ، ينظر له مدى سلطان الإرادة في الطلاق : ٢/ ٥٥-٥٨ .

(٣) والولاية العامة تكون للقاضي .

الأدوار بل ينتظر في الصبي البلوغ وفي المجنون الإفاقة .[1]

وبالنسبة للقانون فإن طلاق الولي غير وارد لسببين هما :-

١- إن القانون لم يجز زواج الصغير عديم الأهلية وعندما أجاز لناقص الأهلية الزواج أعطاه كمال الأهلية وعلى النحو الذي سبق ذكره في طلاق الصبي المميز .

٢- إن القانون أعطى الحق لزوجة المجنون في المطالبة بالتفريق بموجب المادة الثالثة والأربعين كما أن القانون فتح مجال الفرقة لزوجة الغائب والمفقود ومافيه بعد الزوجة عن زوجها .

٤-الطلاق المتتابع :

إذا قال الزوج لزوجته ثلاث مرات متتاليات وفي مجلس واحد أنتِ طالق هل يقع ثلاث طلقات فتبين منه زوجته أم يقع طلقة واحدة .

لا خلاف بين الفقهاء في أن هذه الطلقات الثلاث إذا تخللها فصل وقعت الطلقات الثلاث سواء قصد التأكيد بالثانية و الثالثة أم لا .

وإذا لم يستخلل الطلقات فصل وقال بأنه أراد بالطلقتين الثانية و الثالثة تأكيد الطلقة الأولى وقعت طلقة واحدة .[2]

وذهب الحنفية إلى وقوع ثلاث طلقات ، وإذا إدعى المطلق أنه أراد بتكراره تأكيد الطلاق لم يقبل دعواه [3] ، أما في القضاء فقد إختلفت قرارات محكمة التمييز بهذا الشان فقد ذهبت في أحد قراراتها إلى " أن الطلاق إذا وقع بتكرار اللفظ ثلاث مرات يقع بائنا بينونة صغرى " .[4]

وفي قرار آخر لها: " تكرار الزوج صيغة الطلاق ثلاث مرات تقع به ثلاث طلقات متفرقات وتبين الزوجة بينونة كبرى دون التقيد بتعدد المجالس لورود النص القانوني

---

(١) ينظر : هذه الآراء الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، مدى سلطان الإرادة في الطلاق : ٩٦/٢ .

(٢) ينظر : ابو اسحق الشيرازي ، المهذب : ٨٥/٢ ، وإبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٤٠٠/٨ ، و إبن جزي ، القوانين الفقهية : ص٢٣٤.

(٣) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٣٩٦ ..

(٤) قرار رقم ١٨٦٨ في (٧٠/٦/٣٠) ، النشرة القضائية ، عدد (٤) سنة (١) : ص٢٩٥ .

مطلقـا " [1] وجـاء في قـرار لها: " أن الطلاق المقترن بالعدد أو بتكرار اللفظ الواقع في مجلس واحد تقع به طلقة واحدة رجعية " . [2]

وفي قـرار آخـر أيضـا: " تكرار صيغة الطلاق في مجلس واحد تقع به طلقة واحدة رجعـية " [3] ويبدو الرجحان في إعتبار تلك الطلقات طلقة واحدة لأنها صادرة من إرادة واحدة وفي وقت واحد .

المبحث الخامس

القصد والمحل في الطلاق

أولا : القصد في الطلاق :

نعـني بالقصـد هـنا توجـه إرادة الـزوج إلى فك العصمة وحل قيد النكاح وهو بهذا المعنى مرادف للنية .

ولاخـلاف بـين الفقهـاء في إشـتراط هذا القصد في الطلاق الكنائي ، أما إشتراطهم له في الطلاق الصريح فهو محل خلاف .

فذهب الظاهرية والجعفرية إلى إشتراطه ولهذا قالوا بعدم وقوع طلاق الهازل والمخطئ . [4]

---

(١) القرار رقم ١٩٩ في (١٩٧٣/١٢/٢٩) النشرة القضائية عدد٤ السنة الثالثة ، ص١٨٢، وهناك قرارات أخرى تضمنت مثل هذا الحكم مثل قرار رقم ٥٥ في (١٩٧١/١/١٩) ، النشرة القضائية العدد الأول السنة الثانية ، ص٨٣ ، وقرار رقم ٧٢٠ في (١٩٧٢/٣/١٢) النشرة القضائية العدد الأول السنة الثالثة : ص ١٠٤ .

(٢) القـرار رقـم ١٢٦ في (١٩٦٣/٧/١٠) قضـاء محكمـة التميـيز ، المجلد الأول : ص٢٠٣، وايضـا قـرارات أخرى كقرار رقم ١٩٦٠ في (١٩٧٦/١٢/١٤) مجموعة الأحكام العدلية العدد الأول السـنة الثامـنة ، ص٨٠ ، وكذلك قرار رقم ٨٣٦ في (١٩٧٩/٦/٣٠) مجموعة الأحكام العدلية العدد الثاني السنة العاشرة : ص٧٠ و قرارات أخرى .

(٣) قـرار رقـم ٢٥٨ في (١٩٧٦/٣/٢٠) مجموعـة الأحكـام العدلـية ، العـدد الأول ، السنة السابعة : ص٨٤ .

(٤) يـنظر : إبـن حـزم الأندلسـي ، المحـلى : ١٠/ ٢٠٤ ، وجعفـر بـن الحسـن الحـلي ، المصدر السابق : ص ١٩٧ .

والظاهــر مــن مذهــب جمهــور الفقهــاء أنهم لايشترطون وجود القصد لإيقاع الطلاق ومن هنا ذهبوا إلى وقوع طلاق الهازل والمخطئ .[1]

وجديــر بالذكــر أن مــن إشــترط القصد من جمهور الفقهاء أرادوا بالقصد قصد التلفظ بــالطلاق لاقصــد فــك العصــمة عــلى النحو الذي سبق ذكره ، والراجح من المذهبين هو إشــتراط القصــد لقولــه تعــالى : " وإن عزموا الطلاق " [2] فالعزم هنا هو القصد وقد سبق الطلاق .

ولقوله صلى الله عليه وسلم : (إنما الأعمال بالنيات) .[3]

ثم مــا الجــدوى من إشتراط التمييز والأهلية في التصرفات ومن ضمنها الطلاق إذا لم تكــن النــية والقصد موضع إعتداد ؟ ومعلوم أن النية التي يعتد بها هي النية القائمة على الإدراك والتمييز ، ثم إن أهمية العلاقة الزوجية في منظور الشريعة الإسلامية تتطلب إشتراط القصد والنية في المطلق حتى لاتكون الحياة الزوجية عرضة للإنهيار نتيجة زلة لسان .

والمــتأمل في الآيــات القرآنــية الكريمة الواردة بشأن الطلاق يجد أن الطلاق فيها هو المنفذ الأخير والمخرج الوحيد وليس مجرد كلمة تخرج من الأفواه .

وإذا كــان الهــدف مــن إيقــاع طــلاق الهازل (عند من يرى وقوعه من الفقهاء) هو زجر المطلق [4] فإن هذا الزجر يمكن أن يتحقق بعقوبة أخرى غير إيقاع الطلاق لأن

---

(١) الهــزل هو الكلام الذي لم يقصدبه معناه الحقيقي أو المجازي ، ويقصد به هنا إستعمال صيغة الطلاق هــازلا مــن غير قصد فك العصمة ، والمخطئ وهو الذي يريد بكلامه غير الطلاق لكن يسبق إليه لسانه فبدلا من أن يقول (مثلا) أنت طاهرة يجري لسانه فيقول أنت طالق .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٢٧ .

(٣) إبن حجر العسقلاني ... فتح الباري : ١٤٤/٨ .

(٤) مــن أهم ما إستدل به القائلون بوقوع طلاق الهازل حديث " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطــلاق والعــتاق " ، وقال بعضهم بأن الهازل مستهزئ فيقع طلاقه وفي هذا إشارة إلى أن إيقاع الطــلاق عــندهم يأتي كعقوبة للمطلق ، وبالنسبة للحديث قال الظاهرية لايصح الإستدلال به لأنه حديــث موضوع ، أما بالنسبة لوصفهم طلاق الهازل بالإستهزاء فإذا كان كذلك فيمكن أن يعاقب بعقوبة أخرى غير إيقاع الطلاق ، ينظر : الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، مدى سلطان الإرادة في الطلاق : ٣٢/٢ وما بعدها .

إيــذاء الطــلاق وآثاره السلبية لايلحق بالمطلق وحده بل يتعداه بصورة مباشرة إلى زوجته وأولاده ويقول تعالى " ولاتزر وازرة وزر أخرى " .[1]

فالآيــات الــواردة في حــل الشــقاق بين الزوجين تدل بكل وضوح علىأن الطلاق لابد من أن يكون صادرا عن تدبر وترو وهذا أقوى من القصد والنية .

والــذي يظهــر مــن الــنظر في الأشخاص الذين لم يوقع القانون طلاقهم أن القانون إشــترط القصــد في الطلاق فالسكران والمجنون والمعتوه والمكره وفاقد التمييز لأي سبب كان لاقصد لهم في واقع الأمر أو ليس لهم قصد صحيح .

وأمــا إيقاعــه لطلاق المريض مرض الموت مع أن المريض يقصد فك العصمة إنما هو لســوء قصــده بحرمان زوجته من الميراث ولهذا جاءت نهاية الفقرة تقول (وترثه زوجته) مع أن هذا تحصيل حاصل فمادامت الزوجية باقية فإنها ترث .

وإيقاعــه لطــلاق مــن كــان في حالة يغلب في مثلها الهلاك فهو إما لتوقع أن يكون قصــده ســيئا كالمــريض مرض الموت ، أو لأن من يكون في تلك الحالة يكون مدهوشا وأشبه مايكون بفاقد التمييز .

وبــناء عــلى مــاتقدم وعملا بمقاصد الشريعة وأخذا بالرأي الأكثر ملاءمة لنصوص القانون فإنه لابد من أن يتجه القضاء نحو عدم إيقاع طلاق الهازل والمخطئ .

ثانيا : محل الطلاق :

يقــع الطــلاق عــلى الزوجة في حالة قيام الزوجية قبل الدخول وبعده كما يقع على الزوجة المعتدة من طلاق رجعي لأن الزوجية باقية حكما .[2]

وإذا كانــت المــرأة معتدة من طلاق بائن بينونة كبرى فإنها لا تكون محلا لطلاق آخر لإستنفاد حق الزوج في الطلاق .

أما إذا كانت معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى فإن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أنها

---

(١) سورة الأنعام : آية ١٦٤ .

(٢) يقــول الجعفــرية ، إذا أراد الــزوج تطلــيق المطلقــة رجعــيا علــيه أن يــراجعها ثم يطلقها .. وهــذا يعــني عــدم كونهــا محــلا للطلاق عندهم في حالة عدتها ، ينظر : جعفربن حسن الحلي ، المختصر النافع : ص ٢٢١ .

لاتكون محلا لطلاق آخر وذهب الحنفية إلى أنها محل لطلاق جديد[1] فإذا طلقها الزوج طلاقا ثانيا أثناء عدتها وقع الطلاق وذلك لبقاء بعض أحكام الزواج كالنفقة والسكنى في بيت الزوجية وعدم حل زواجها برجل آخر طالما كانت في العدة .

كما ذهبوا إلى أن الطلاق يلحق المعتدة من فرقة هي طلاق كالفرقة بالإيلاء ، والعنة ، والمعتدة من فرقة بسبب ردة أحد الزوجين أو إباء الزوجة المشركة الإسلام .

إجرءات الطلاق والتعويض فيه :

نصت المادة التاسعة والثلاثون على ما يأتي :

١. على من أراد الطلاق أن يقيم الدعوى في محكمة الأحوال الشخصية يطلب إيقاعه و إستحصال حكم به ،فإذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة .
٢. تبقى حجة الزواج معتبرة إلى حين إبطالها من المحكمة .
٣. إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها، وأن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المالية ودرجة تعسفه يقدر جملة على أن لايتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الأخرى .

تضمنت هذه المادة الأحكام الآتية :

١. ضرورة إيقاع الطلاق أو تسجيله في المحكمة ، لما يترتب على الطلاق من آثار ذات أهمية كنفقة العدة ،والسكن، وزواج المطلق أو المطلقة في المستقبل .
٢. أن حجة الزواج تبقى معمولا بها لحين إبطالها من المحكمة .
٣. أن للمحكمة الحكم بتعويض مناسب على المطلق لمطلقته وفقا للشروط التالية :
   - إذا كان الزوج متعسفا في طلاقها بأن طلقها بدون مبرر معقول .
   - إذا تضررت الزوجة من الطلاق ، وعلى هذا فإن الزوجة إذا كانت هي الطالبة للطلاق فإنها لا تستحق التعويض .
   - أن تقدم الزوجة طلبا للتعويض .

وحددت المادة الحد الأعلى للمبلغ المعوض به وهو مقدار نفقة سنتين .

---

(١) ينظر : الحصكفي ، الدر المختار : ٦٢٤ ومابعدها ، والشربيني ، مغني المحتاج : ٣/ ٢٩٧ ، وابن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٤٧٧/٨ .

الفصل الثاني

التفريق القضائي

تبين من التعريف القانوني للطلاق أن الطلاق يقع من ثلاثة أشخاص وهم :

١. الزوج .
٢. الزوجة إذا وكلها الزوج أو فوضها حق تطليق نفسها .
٣. القاضي .

وقد سبق الكلام عن الطلاق الصادر من الزوج والزوجة ونذكر هنا الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوج أو الزوجة وعليه فإن من الممكن تعريف التفريق القضائي بأنه " حل قيد الزواج بطلاق يوقع من قبل القاضي بناء على طلب من الزوج أو الزوجة عند تحقق الأسباب القانونية " .

وقد خصص المشرع ستة مواد للتفريق القضائي إبتداء بالمادة الأربعين وإنتهاء بالمادة السادسة والأربعين وحدد في ثلاثة من تلك المواد الحالات التي تجوز فيها المطالبة بالتفريق من قبل الزوجين أو الزوجة ، فخصص المادة الأربعين للحالات التي يجوز فيها لكل من الزوجين المطالبة بالتفريق ، وخصص المادة الحادية والأربعين كذلك لحالات الخلاف والشقاق ، ومنح الحق فيها لكل من الزوجين في طلب التفريق ، وخصص المادة الثالثة والأربعين للحالات التي يحق فيها للزوجة وحدها طلب التفريق ، أما المواد الثلاثة الأخرى فإنها تخص تحديد نوع الطلاق الواقع ، وبعض الأمور الإجرائية ، ووسائل الإثبات .

وسنذكر فيما يأتي الحالات الثلاث المشار إليها :

المبحث الأول

الحالات التي يحق فيها لكل من الزوجين طلب التفريق

أعطت المادة الأربعون والتي تليها الحق لكل من الزوجين في طلب التفريق ، وتضمنت خمس حالات وإقتصرت المادة الحادية والأربعون على القول بأن "لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما سواء أكان ذلك قبل الدخول أم بعده " .

وسنبدأ أولا بذكر الحالات المنصوص عليها في المادة الأربعين ثم نعقبها بشرح المادة الحادية والأربعين .

١. نصت المادة الأربعون على الحالات الآتية :

أ- التفريق للضرر :

عرف بعض الفقهاء الضرر بأنه إلحاق مفسدة بالغير مطلقا .[١]

وعرفه بعض الفقهاء المعاصرين بأنه : " ما يترتب على الفعل من نقص يلحق الإنسان في نفسه أو دينه أو عرضه أو ماله " .[٢]

ومن التعريفات القانونية تعريفه بأنه : " الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه " .[٣]

وقد إختلف الفقهاء في التفريق للضرر فذهب بعضهم إلى عدم جوازه وهو مذهب الحنفية [٤]والشافعية .[٥]

وذهب المالكية [٦] والحنابلة [٧] والجعفرية [٨] إلى جوازه .

وأخذ قانون الأحوال الشخصية بالرأي المجيز للتفريق فقد نصت المادة الأربعون منه على ما يأتي :

---

(١) أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي ، فتح المبين لشرح الأربعين : ص٢٣٧ .

(٢) الدكتور أحمد فهمي ابوسنة ، أحكام الضرر والعادة ، بحث منشور ضمن كتاب مدخل الفقه الإسلامي،ألفه نخبة من علماء الأزهر : ص١٥٣.

(٣) محمد أحمد عابدين ، التعويض بين المسؤولية العقدية و التقصيرية : ص ٦٩ .

(٤) أبوبكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، أحكام القرآن : ١٩١/٢ وفيه :- " لو أقر- أي الزوج ، بالإساءة ، إليها لم يفرق بينهما ولم يجبر الحكام على طلاقها ".

(٥) وهو أحد قولي الشافعي ، ينظر : أبو الحسن الماوردي ، الحاوي الكبير ، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبدالموجود : ٦٠٣/٩ ، وذهب الشافعي في قول له إلى جواز التفريق ، المصدر السابق : ص ٦٠٢ .

(٦) ينظر : أبوبكر محمد عبدالله (إبن العربي) ، أحكام القرآن :١/ ٤٢٥ .

(٧) وهذا رواية عن أحمد بن حنبل ، ينظر : إبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ١٦٨/٨ .

(٨) جعفر بن حسن الحلي ، المختصر النافع ، المصدر السابق : ص١٩١ .

" لكل من الزوجين طلب التفريق عن توافر أحد الأسباب الآتية :

١. إذا أضر أحد الزوجين بالآخر أو بأولادهما ضررا يتعذر معه إستمرار الحياة الزوجية ، ويعتبر من قبيل الأضرار الإدمان على تناول المسكرات أو المخدرات على أن تثبت حالة الإدمان بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة ، ويعتبر من قبيل الأضرار كذلك ممارسة القمار في بيت الزوجية " .

والضرر المقصود هنا هو الضرر الجسيم الذي يتعذر معه إستمرار الحياة الزوجية كالإعتداء الآثم على النفس أو المال أو العرض أو الإعتداء الآثم على أولادهما .(١)

والضرر الجسيم لا يمكن حصره وهو مسألة موضوعية تقدرها المحكمة ، وما ورد في النص من تناول المسكرات والمخدرات وممارسة القمار في بيت الزوجية جاء على سبيل المثال لا الحصر ، وعليه فإذا ضرب الزوج زوجته بصورة أدت إلى كسر العظم أو إحداث عاهة فإن ذلك يعد ضررا جسيما ، وكذلك لو إتهمها بما يخدش كرامتها فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز: " إن إتهام الزوج لزوجته بقوله :(عندك عشيق) إتهام خطير يتعلق بشرفها وله عواقب وخيمة وهذا ضرر كبير يلحق بالزوجة مما ينطبق وأحكام المادة ٤٠ من قانون الأحوال الشخصية " .(٢)

ب- الخيانة الزوجية :

إن الخيانة الزوجية لا تنطبق على جريمة الزنا وحدها كما يظهر من كلام بعض الشراح (٣) بل تشمل مقدمات هذه الجريمة أيضا .(٤)

وعد القانون ممارسة فعل اللواط بأي وجه من الوجوه من قبيل الخيانة الزوجية ، ويفهم من نص هذه الفقرة أن المقصود باللواط ليس فقط هو ما يتم بين الذكر والذكر بل يشمل فعل الزوج بزوجته لواطا أيضا .(٥)

---

(١) عبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص ٩٨ .

(٢) قرار رقم ٥٦٧ في (١٩٦٦/٦/١٨) ، ينظر : قضاء محكمة تميز العراق ، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٦ ، المجلد الرابع : ص١٩٢ .

(٣) الدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز ، المصدر السابق : ص ١٥٤ ، فقد وضع لشرح هذه الفقرة عنوان (الزنا) .

(٤) عبدالقادر إبراهيم ، المصدر السابق : ص ٩٩ .

(٥) الدكتور أحمد الكبيسي ، المصدر السابق : ص ١٥٤ .

ونص الفقرة كالآتي :

" ٢- إذا إرتكب الزوج الآخر الخيانة الزوجية ويكون من قبيل الخيانة الزوجية ممارسة فعل اللواط بأي وجه من الوجوه .

ج- زواج ناقص الأهلية بدون إذن القاضي :

أجاز القانون لمن أكمل الخامسة عشرة من العمر[1] أن يتزوج بإذن القاضي وقد سبق ذكر ذلك أثناء شرح المادة الثامنة .

أما إذا تم عقد الزواج بدون إستحصال موافقة القضاء فإن ذلك يجيز طلب التفريق وفق الفقرة الثالثة ، ونصها :

"٣- إذا كان عقد الزواج قد تم قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي " .

ويرى بعض القضاة أن زواج من لم يكمل الخامسة عشرة من العمر إذا تم دون موافقة القاضي ولكن بحضور الولي الشرعي كالأب حسن الإختيار وتوفرت فيه جميع أركان العقد الصحيح فإنه لا يجوز طلب التفريق بمجرد إجراء العقد خارج المحكمة .[2]

ونرى أن نص المادة ورد مطلقا من غير نظر إلى الولي لذلك فإن إبرام عقد من لم يكمل الثامنة عشرة من العمر دون موافقة القضاء يجيز طلب التفريق ، وما ذهب إليه هؤلاء القضاة وارد بشأن الفسخ لا التفريق ، فالتفريق يرد على عقد صحيح أما الفسخ فإنه يحصل لخلل مقارن أو طارئ على العقد ، فإذا كان الولي هو الأب المعروف بحسن الإختيار فهذا يعني أن العقد نشأ صحيحا لازما فلا مجال لفسخه أو حله إلا بالطلاق أوالتفريق .

د- الزواج بالإكراه خارج المحكمة :

إن عقد الزواج الذي يتم بالإكراه [3] يعد باطلا في القانون ما لم يتم الدخول وعليه لا حاجة لطلب التفريق في هذه الحالة لأن التفريق لا يرد على عقد باطل .

---

(١) وتم تعديل العبارة الخامسة عشرة ، بعبارة السابعة عشرة .

(٢) عبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص ٩٩ .

(٣) هناك شروط لتحقق الإكراه سبق ذكرها في (طلاق المكره) .

أما إذا تم الدخول فإن العقد المبرم بالإكراه ينقلب إلى عقد صحيح وحينئذ يجوز طلب التفريق بسببه ، غير أن القانون قيد جواز طلب التفريق بعقد تم بالإكراه خارج المحكمة .

ويبدو أن المشرع إستبعد حصول عقد بالإكراه داخل المحكمة ، مع أن هذا ممكن الحصول ولذلك كان الأجدر أن يورد النص مطلقا من غير تقييد بكون العقد قد جرى خارج المحكمة .

هـ— الزواج الآخر بدون إذن المحكمة :

إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون إذن المحكمة فإن الزوجة الأولى مخيرة بين أن تطلب التفريق أو تحرك الدعوى الجزائية ضد زوجها ، فإذا إختارت التفريق فإن حقها يسقط في تحريك الدعوى الجزائية ، وهذا منطوق الفقرة الخامسة ونصها :

" إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون إذن من المحكمة وفي هذه الحالة لا يحق للزوجة تحريك الدعوى الجزائية بموجب الفقرة (١) من البند (أ) من المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ بدلالة الفقرة (٦) من المادة الثالثة من هذا القانون " .

٢. نصت المادة الحادية والأربعون على ما يأتي :

" لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده " .

يقصد بالخلاف هنا الشقاق بين الزوجين إلى حد لا يبلغ حد الضرر الجسيم الذي لايستطاع معه دوام العشرة [1]، فإذا رفع أحد الزوجين قبل الدخول أو بعده طلبا إلى القضاء للحكم بالتفريق تنظر المحكمة في الموضوع ، فإذا ثبت لها وجود الخلاف بعد الإستماع إلى البينات وجلب أوراق الدعاوى المقامة أو جلب أوراق الشكاوى في محاكم أخرى تحيل الطرفين إلى الباحث الإجتماعي وتدخل نائب المدعي العام في الدعوى إن وجد ، وبعد ثبوت الخلاف وتعذر المصالحة تعين المحكمة حكمين حكما من أهل

---

(١) عبدالقادر إبراهيم ، المصدر السابق : ص ١٠٠ .

الزوجة وحكما من أهل الزوج للقيام بإصلاح ذات البين فإن تعذر وجود الحكمين من أهل الزوجة وأهل الزوج كلفت المحكمة الزوجين بإنتخاب حكمين فإن لم يتفق الزوجان تنتخب المحكمة حكمين .

وعلى الحكمين بذل الجهود لإصلاح ذات البين وإذا تعذر الإصلاح وإختلف الحكمان في تعيين المقصر من الزوجين عندئذ تعين المحكمة حكما ثالثا فإذا قدم الحكم الثالث تقريره فينظر هل يتفق مع حكم الزوج أو مع حكم الزوجة ويحدد الطرف المقصر في ضوء ذلك .

فإذا إستمر الخلاف وتعذرت المصالحة رغم الجهود المبذولة التي بذلتها المحكمة وإمتنع الزوج عن التطليق عندئذ تصدر المحكمة حكمها بالفريق .

مقدار المهر المستحق :

يتحدد المهر المستحق في التفريق بموجب هذه المادة كالآتي :

إذا كان التفريق بعد الدخول وثبت التقصير من جانب الزوجة سقط المهر المؤجل ، وإذا كانت قد قبضت جميع المهر ألزمت برد مالا يزيد على نصفه .

وإذا كان التفريق بعد الدخول وثبت التقصير من جانب الزوج أخذت مهرها المعجل والمؤجل .

وإذا ثبت التقصير – بعد الدخول – من الجانبين يقسم المهر المؤجل بينهما بنسبة تقصير كل منهما فإذا كان المهر المؤجل عشرة آلاف دينار وكان نسبة تقصير كل منهما (٥٠) بالمئة أخذت الزوجة خمسة آلاف دينار وسقط الباقي .

أما إذا كان التفريق قبل الدخول وثبت التقصير من جانب الزوج أخذت نصف مهرها ، وإذا ثبت التقصير من جانب الزوجة ألزمت برد ما قبضته من المهر المعجل .

وإذا ثبت التقصير من الجانبين قبل الدخول فإن القابل للتقسيم حسب التقصير هو المهر المعجل لأن المهر المؤجل لا يستقر في الذمة ولا تصح المطالبة به إلا بعد الدخول والدخول هنا لم يتحقق .

والدليل الشرعي الذي هو أساس هذه المادة هو قوله تعالى " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما " .[1]

---

(١) سورة النساء : آية ٣٥ .

وأكثر الأحكام التي وردت نصت عليها المادة الحادية والأربعون وعلى النحو الآتي :

"١. لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما سواء أكان ذلك قبل الدخول أم بعده .

٢. على المحكمة إجراء التحقيق في أسباب الخلاف فإذا ثبت لها وجوده تعين حكما من أهل الزوجة وحكما من أهل الزوج إن وجدا للنظر في إصلاح ذات البين فإن تعذر وجودهما كلفت المحكمة الزوجين بإنتخاب حكمين فإن لم يتفقا إنتخبتهما المحكمة .

٣. على الحكمين أن يجتهدا في الإصلاح فإن تعذر عليهما ذلك رفعا الأمر إلى المحكمة موضحين لها الطرف الذي ثبت تقصيره ، فإن إختلفا ضمت المحكمة لهما حكما ثالثا .

٤. أ- إذا ثبت للمحكمة إستمرار الخلاف بين الزوجين وعجزت عن الإصلاح بينهما وإمتنع الزوج عن التطليق فرقت المحكمة بينهما .

ب- إذا تم التفريق بعد الدخول يسقط المهر المؤجل إذا كان التقصير من جانب الزوجة سواء كانت مدعية أم مدعى عليها فإذا كانت قد قبضت جميع المهر تلزم برد مالا يزيد على نصفه ، أما إذا ثبت أن التقصير واقع من الطرفين فيقسم المهر المؤجل بينهما بنسبة التقصير المنسوب لكل منهما .

ج- إذا تم التفريق قبل الدخول وثبت التقصير من جانب الزوجة تلزم برد ما قبضته من مهر معجل . "

وتجب الإشارة إلى أن دعوى التفريق وفق هذه المادة لا ترد إذا ثبت التقصير من قبل المدعي ،بل تستمر المحكمة وتحكم بالتفريق وفق الأسس المبينة في الفقرتين (ب) و(ج) من المادة المذكورة .[1]

التحكيم في المادة الأربعين :

إذا رفع أحد الزوجين دعوى للقضاء للحكم بالتفريق لأحد الأسباب المذكورة في المادة الأربعين ثم ردت الدعوى لعدم ثبوت الإدعاء وإكتسب قرار الرد درجة البتات ثم أقامها المدعي ثانية للأسباب المذكورة ذاتها ولغير الفترة السابقة وطلب التفريق عندئذ لايكلف المدعي بتقديم دليل لإثبات ما إدعاه في الدعوى الجديدة المقامة من قبله أي

(١) عبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص ١٠١ .

لإثبات الضرر والخلاف بل تركن المحكمة إلى التحكيم وعلى النحو الوارد في المادة الحادية والأربعين ذلك لأن تكرار إقامة دعوى التفريق لأحد الأسباب الواردة في المادة الأربعين دليل على وجود الخلاف .

ونصت على ما تقدم المادة الثانية والأربعون وكما يأتي :

" إذا ردت دعوى التفريق لأحد الأسباب المذكورة في المادة الأربعين من هذا القانون لعدم ثبوته وإكتسب قرار الرد درجة الثبات ، ثم أقيمت دعوى ثانية بالتفريق لنفس السبب فعلى المحكمة أن تلجأ إلى التحكيم وفقا لما ورد في المادة الحادية والأربعين " .

تعقيب :

يفهم من سياق ومضمون المادتين (٤١) و (٤٢) أن المادة (٤١) تطبق في حالتين :

أولهما : عندما يرفع أحد الزوجين طلب التفريق للخلاف .

ثانيتهما : إذا لم يتمكن المدعي من إثبات الضرر الموجب للتفريق طبقا للمادة (٤٠) .

غير أن وجود الخلاف لا يثبت غالبا إلا بعد وجود دعوى سابقة لطلب التفريق وبناء عليه فإن اللجوء إلى المادة (٤١) (أي التحكيم) في واقع الأمر يأتي كخطوة ثانية مكملة للمادة (٤٠) .

ولقد أحسن المشرع السوري حينما أورد (محتوى المادتين ٤٠ و ٤١ من القانون العراقي) في المادة (١١٢) من قانون الأحوال الشخصية على الوجه الآتي :

" م ١١٢ – ف ١ : إذا إدعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق " .

–ف٢ : إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما ويعتبر هذا التطليق طلقة بائنة .

– ف٣ : إذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر أملا بالمصالحة فإن أصر المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح عين القاضي حكمين من أهل الزوجين وإلا فمن يرى القاضي فيه قدرة على الإصلاح بينهما وحلفهما يمينا على أن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة " .

وهذا الترتيب قائم على أساس عدم التمييز بين ما هو ضرر جسيم وما ليس كذلك إذ أن الضرر وإن كان يسيرا إلا أن تكراره وإستمراره من قبل أحد الزوجين بحق الزوج الآخر يجعله ضررا يتعذر معه إستمرار الحياة الزوجية ، ثم إن الضرر إذا كان جسيما فإن إثباته يكون أمرا واردا وحينئذ تطبق المادة (٤٠) ويحسم الموضوع ، أما إذا كان الضرر يسيرا فإن من المستبعد إثباته فيتكرر الطلب ويتم اللجوء إلى المادة (٤١) .
ولذلك نرى من الأفضل أن يحذو المشرع العراقي حذو المشرع السوري فيما سبق ذكره .

المبحث الثاني

الحالات التي يحق فيها للزوجة وحدها طلب التفريق

بعد أن أعطى المشرع لكل من الزوجين الحق في المطالبة بالتفريق في المادتين الأربعين والحادية والأربعين جاء وخصص المادة الثالثة والأربعين للحالات التي يحق فيها للزوجة وحدها طلب التفريق ويمكن إرجاع هذه الحالات إلى أسباب رئيسية وهي :

١. الحرمان من النفقة .
٢. الحرمان من المعاشرة الزوجية بسبب بعد الزوج أو مرضه .
٣. الحرمان من الإنجاب .
٤. طلب الزوجة .

وسنتكلم عن هذه الأسباب والحالات التي تندرج ضمنها فيما يأتي :

أولا :الحرمان من النفقة :

لا خلاف بين الفقهاء في أن الزوج إذا إمتنع عن الإنفاق وكان له مال ظاهر سواء كان نقودا أم عقارا أم منقولا فإنه لا حق للزوجة في المطالبة بالتفريق سواء كان الزوج حاضرا أم غائبا لتمكنها من أخذ ما يكفيها من مال زوجها .

أما إذا لم يكن للزوج مال ظاهر وإمتنع الزوج عن الإنفاق سواء كان لإعساره أم لتعنته فقد إختلف الفقهاء في جواز التفريق وعدم جوازه على الآراء التالية :

الرأي الأول :

- لا يجوز التفريق لعدم الإنفاق سواء كان عدم الإنفاق بسبب إعسار الزوج أو لإمتناعه تعنتا أو كان بسبب غيبته أو أسره أو فقده أو حبسه .

وهذا مذهب الحنفية والظاهرية وبعض الجعفرية وهو قول للشافعية [(١)] ، وقال الحنفية أن لها أن تطلب من القاضي أن يفرض لها نفقة ويأذن لها بالإستدانة على زوجها ويجب على من تجب عليه نفقتها من أقاربها لو لم تكن متزوجة أن يقرضها . [(٢)]

وخلاصة مذهب الحنفية أن الزوج إذا كان معسرا تستدين باسم الزوج وإذا كان موسرا باع القاضي عليه ماله ويصرفه في نفقتها فإن لم يجد ماله حبسه حتى ينفق عليها . [(٣)]

وذهب الظاهرية إلى أن الزوجة ملزمة بالإنفاق من مالها على زوجها إذا كانت غنية فضلا على الإنفاق على نفسها . [(٤)]

الرأي الثاني :

- للزوجة طلب التفريق مطلقا سواء كان الزوج موسرا أم معسرا وسواء كان حاضرا أو غائبا .

وهذا ما ذهب إليه المالكية والحنابلة [(٥)]، وإشترطوا لجواز التفريق الشروط التالية :

١. أن تقدم الزوجة أو من ينوب عنها طلبا إلى القضاء تطلب فيه الإنفاق والتفريق .
٢. أن تثبت الزوجة قيام الزوجية الصحيحة .
٣. أن تثبت إستحقاقا للنفقة كأن لا تكون ناشزا .

---

(١) ينظر : الكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ٤/ ٢٠١-٢٠٢ ، السمناني ، روضة القضاة : ١٠٤٤/٣ ، وإبن حزم الأندلسي ، المحلى : ١/ ٩٢ ، ويحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين: ص١٥٦٧ ، والشيخ عبدالكريم الحلي ، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية : ص٦٦-٦٧ .

(٢) راجع أحكام الإستدانة ، في المبحث الخاص بنفقة الزوجة في هذا الكتاب .

(٣) الكمال بن الهمام ، المصدر والإشارة السابقة .

(٤) ينظر له المحلي ، شرح فتح القدير ، الإشارة السابقة .

(٥) يونس البهوتي ، الروض المربع ، المصدر السابق : ص٤١٦-٤١٧ ، وإبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٢٤٤/٩ ، وإبن جزي ، القوانين الفقهية : ص٢٢٠-٢٢١ .

٤. أن تعطى للزوج مهلة للزوج حسب تقدير القاضيُ ليختار فيها الزوج أحد الأمرين إما الإنفاق أو الطلاق .
٥. أن يمتنع الزوج عن الإنفاق والطلاق في آن واحد بعد حكم القاضي عليه بإختيار أحد الأمرين .
٦. أن يكون التفريق لعدم الإنفاق بالنفقة الحاضرة والمستقبلة وليس لها طلب التفريق للنفقة المتراكمة في ذمة الزوج .

فإذا توفرت هذه الشروط فرق القاضي بينهما ويعتبر التفريق عندهم طلقة رجعية .[١]

الرأي الثالث :

- إذا كان الزوج معسرا فلا يجوز لها طلب التفريق أما إذا كان موسرا وإمتنع عن الإنفاق تعنتا يجوز لها طلب التفريق .

وهذا مذهب بعض الحنابلة وبعض الجعفرية .[٢]

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية بالرأي الثالث فيما إذا كان الزوج حاضرا وأجاز للزوجة طلب التفريق إذا إمتنع الزوج عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع والعذر المشروع هو الإعسار[٣] وذلك بعد أن يمهل مدة أقصاها ستون يوما .

فقد نصت الفقرة السابعة من المادة الثالثة والأربعين على جواز طلب التفريق من قبل الزوجة :

" إذا إمتنع الزوج عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يـــوما " .

---

(١) المصـــادر الســـابقة ، والدكـــتور مصـــطفى إبراهـــيم الـــزلمي ، مدى سلطان الإرادة في الطلاق : ٢٠٣-٢٠٤ .

(٢) وهـــناك رأي يقول عكس ذلك ، يجيزه للمعسر ولا يجيزه للموسر بناء على أن الموسر يمكن تحصيل الـــنفقة مـــنه بواســـطة القضـــاء يـــنظر لتفاصـــيل هذه الآراء ، الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، المصدر السابق : ص٢٠٥-٢٠٧ .

(٣) الدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز ، شرح قانون الأحوال الشخصية : ص١٦٧ .

كما أجاز القانون للزوجة المطالبة بالتفريق فيما إذا تعذر تحصيل النفقة من زوجها بسبب تغيبه [1] أو فقده أو إختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة .

فقد نصت على ذلك الفقرة الثامنة من المادة المذكورة ونصها :

" إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو إختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة " .

وبهذا تبين أن المشرع العراقي إعتد بالعذر في حق الزوج الحاضر ولم يعتد به في الزوج الغائب أو المفقود أو المختفي أو المحبوس .

كما أجاز القانون للزوجة طلب التفريق فيما إذا إمتنع الزوج عن تسديد النفقة الماضية المتراكمة المحكوم بها بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوما من قبل دائرة التنفيذ .

فقد نصت على ذلك الفقرة التاسعة من المادة المذكورة وعلى النحو الآتي :

" ٩٠- إذا إمتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوما من قبل دائرة التنفيذ " .

وبهذا يتبين أن الأحكام القانونية المذكورة تتفق مع المذهبين المالكي والحنبلي وشروطهما المذكورة إلا فيما يأتي :

١. إعتبر فقهاء المالكية والحنابلة عدم الإنفاق سببا يبرر طلب التفريق دون تفرقة بين يسار الزوج وإعساره بينما قيد القانون جواز طلب التفريق لعدم الإنفاق فيما إذا لم يكن الزوج معسرا .
٢. إشترط المالكية والحنابلة أن يكون التفريق لعدم الإنفاق بالنفقة المستمرة لا المتراكمة بينما أجاز القانون التفريق بالنسبة للنفقة المستمرة والنفقة المتراكمة ، ولقد إنفرد القانون العراقي من بين القوانين في إجازة التفريق بسبب عدم تسديد النفقة المتراكمة .[2]
٣. يقع بالتفريق عند المالكية والحنابلة طلاق رجعي أما في القانون فيعد طلاقا بائنا بينونة صغرى .

---

(١) جاء في قرا محكمة التمييز تسلسل ٧٤٦ في (١٩٧٢/٥/٣) تصديق حكم التفريق لعدم الإنفاق بعد أن جرى تبليغه بصحيفتين محليتين ، ينظر : أحمد حسن الطه ، المصدر السابق : ص ١٠٩ .

(٢) ينظر : الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، المصدر السابق ، الجزء الثاني : ص ٢٥٠ .

ثانيا : الحرمان من المعاشرة الزوجية بسبب بعد الزوج أو مرضه :

إن الحق في المعاشرة والتمتع بها لا يختص بالزوج وحده بل تشاركه الزوجة فيه لذا فإن حرمانها من هذا الحق يعطيها الخيار بين تحمل ضرر الحرمان وبين مطالبة القاضي برفع الظلم عنها .

وهذا الحرمان الذي إعتد به القانون وأعطى للزوجة بسببه الحق في طلب التفريق يتحقق في صورتين :-

أولاهما : بعد الزوج عنها حقيقة كما في الأحوال الآتية :

١. الحكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر .
٢. هجر الزوج لزوجته مدة سنتين فأكثر .
٣. عدم طلبه زفافها خلال سنتين من تأريخ العقد .

ثانيتهما : بعد الزوج عنها حكما لا حقيقة كما في الحالتين الآتيتين :

١. إصابة الزوج بالعنة أو أي مرض آخر يجعله غير قادر على القيام بواجباته الزوجية .
٢. إصابة الزوج بعلل لا يمكن للزوجة معاشرته بدون ضرر يلحقها .

وسنتكلم عن هذه الصور والأحوال فيما يأتي :

الحالة الأولى : بعد الزوج عنها حقيقة :

قبل أن نأتي إلى شرح الأحوال التي سبق ذكرها لابد من ذكر نبذة مختصرة عن موقف الفقه الإسلامي إزاء التفريق بسبب بعد الزوج عن زوجته وذلك لأن المشرع إستقى أحكام تلك الأحوال من آراء الفقهاء .

ذهب بعض الفقهاء كالحنفية والظاهرية إلى عدم جواز التفريق لغياب الزوج وفقده إلا بعد أن يموت أقران الغائب في السن ، فحينئذ للقاضي أن يحكم بوفاته أسوة بأقرانه فتعتد زوجته عدة الوفاة .[1]

---

(١) الزيلعي .. تبيين الحقائق : ٣/٣١١ ، وابن حزم الأندلسي ، المحلى: ١٠/ ١٣٣-١٣٤ ، وهو قول للشافعي ، ينظر : أبوإسحاق الشيرازي ، المهذب : ٢/١٤٦ .

وذهب بعض الفقهاء وفي مقدمتهم المالكية [1] والحنابلة [2] إلى جواز التفريق ، غير أن أصحاب هذا الإتجاه إختلفت آراؤهم تبعا لمكان العقد ووضعه ومدته وفيما إذا كان الغائب معلوم المكان أو مجهول المكان ، لا ضرورة لإيرادها جميعا لذا نقتصر على أهم ما قالوه بهذا الشأن .

قال المالكية :

١. المفقود في غير وقت إنتشار الوباء وفي ظرف طبيعي تعتد زوجته عدة الوفاة بعد التأجيل أربع سنوات ، وهذا مذهب الحنابلة في الظرف الإستثنائي .
٢. المفقود وقت إنتشار الأمراض الفتاكة تعتد زوجته عدة الوفاة بعد ذهاب الوباء لغلبة الظن بموته .
٣. المفقود في المعركة تعتد زوجته عدة الوفاة بعد سنة . [3]
٤. إذا كان الغائب يعرف مكانه وخبره ويمكن الإتصال به ، فإن القاضي يأمره بناء على طلب الزوجة بالرجوع أو نقل الزوجة إليه ، أو طلاقها ، ويمكن أن يحدد له مهلة حسب إجتهاده ، فإن أبى كل ذلك بعد إنتهاء المهلة طلق عليه القاضي ، على إلا تقل مدة الغياب عن سنة عند بعضهم ، وأن لا تزيد على ثلاث سنوات عند آخرين منهم .

– ويرى المالكية أن التأجيل للمدد المذكورة يسرى بالنسبة لإمرأة لها النفقة ولا تخشى على نفسها الوقوع في الزنا ، أما إذا لم تتوفر النفقة أو خافت على نفسها الوقوع في الزنا ، فللقاضي السلطة التقديرية في التفريق دون التقيد بمدة معينة للتأجيل . [4]

(١) إبن رشد الحفيد ، بداية المجتهد : ٢/ ٩٦ .

(٢) إبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٨/ ٩٦ .

(٣) قال بعضهم بعد سنة إبتداء من تاريخ رفع الأمر إلى الحاكم وقال بعضهم إبتداء من نظر الحاكم إلى الدعوى والتفتيش عن المفقود ، ينظر :إبن رشد ، المقدمات الممهدات : ١٥٦/٢، ومحمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي : ٤٨٣/٢ .

(٤) ينظر : الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، مدى سلطان الارادة في الطلاق : ٢١٥/٢-٢١٦ ، وجاء في حاشية الدسوقي ، الجزء الثاني : ص ٤٨٣ " زوجة الاسير وزوجة مفقود أرض الشرك للتعمير إن دامت نفقتهما وإلا فلهما طلب التطبيق كما لو خشيتا الزنا " ومعنى ذلك أن زوجة المفقود وزوجة الأسير تنتظران حين موت أقران زوجيهما ولكن عند حصولهما على نفقتها أو عدم خوفهما من الوقوع في الزنا أما إذا لم تكن لديهما النفقة أو خافتا الوقوع في الزنا فإن لهما طلب التفريق دون إنتظار مدة .

وهذه الأحكام التي قال بها المالكية مبنية على أساس المصلحة المرسلة [1] والتي هي أحد مصادر التشريع الإسلامي .

وبعد هذا نأتي إلى ذكر الحالات المنصوص عليها :

- نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة والأربعين على ما يأتي :

" ١- إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه " .

وتعني هذه الفقرة أن من حق الزوجة طلب التفريق إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ، ولا يمنع هذا الطلب توفر نفقتها ، وهذا يعني أن الغاية من تشريع هذه الفقرة هي حماية الزوجة من الوقوع في الزنا ، إذ لا تجبر المرأة على أن تصبر المدة المذكورة .

ولم يشترط المشرع مضي مدة من العقوبة ، فأجاز طلب التفريق بمجرد إكتساب القرار الدرجة القطعية ، بينما إشترط ذلك الكثير من القوانين كالقانون الأردني في المادة (١٣٠) والقانون السوري في المادة (١٠٩) ، والقانون المصري في المادة (١٤) ونصها :" لزوجة المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه " .

وإشتراط مضي سنة من الحبس في القانون المصري إنما هو لإحتمال الإفراج عنه بعفو يصدر .

- ونصت الفقرة الثانية على ما يأتي :

" ٢- إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وإن كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه " .

يقصد بالهجر ترك الزوج زوجته وعدم معاشرته لها مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع كالسفر للدراسة أو للعمل ، ولا يمنع طلب التفريق كونها تحصل على نفقتها ، لأن

---

(١) إبن رشد الحفيد ، بداية المجتهد :٢/ ٥٧ ، وقال بأن الحكم هنا ثابت بالقياس على الإيلاء .

الغاية من هذه الفقرة هي نفس الغاية من الفقرة السابقة ، كما لا يمنع طلب التفريق كون الزوج معروف الإقامة .

ويرى بعض القضاة أن الهجر هنا يشمل الهجر في الفراش [1] أيضا لكن منطوق النص لا يؤيد هذا التفسير ، إذ لو كان كذلك لورد النص بعبارة (ولو كان مقيما معها)، غير أن من الممكن القول بصحة هذا التفسير على أساس قياس الهجر في الفراش على الهجر إلى مكان آخر لإشتراكهما في فوات المعاشرة وتضرر الزوجة من ذلك .

وأخذ على هذه الفقرة ما يأتي :

١. أنها قيدت الهجر بكونه بلا عذر ، فمادام المنظور إليه في الحكم هو تضرر الزوجة ، كان من الحكمة جعل الهجر سببا لجواز طلب التفريق بقطع النظر عن كونه بعذر أو بدون عذر .
٢. أن المشرع أهمل مسألة الإنذار والإعذار .[2]
٣. أن بعض الفقهاء فضلوا تحديد المدة بسنة واحدة مادام الزوج لا عذر له .[3]

ونرى أن قيد بلا عذر هو في محله لأن رعاية جانب الزوج مطلوبة أيضا وخاصة أن التمييز بين ما هو عذر وما ليس بعذر مسألة موضوعية خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي فبإمكانه أن لا يعتبر الهجرة للعمل عذرا فيما لو كان الزوج ميسور الحال وبإمكانه الحصول على العمل في محل إقامته مع زوجته .

وأما مسألة الإعذار فإنها مطلوبة على غرار ما فعل المشرع المصري إذ نص على إنه " إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب القاضي له أجلا " .

ونؤيد إقتراح تبديل السنتين بسنة واحدة مادام الزوج لا عذر له ، والمشرع يهدف إلى حماية المرأة .

---

(١) عبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص ١٠٢ .

(٢) الدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز : ص ١٦٠-١٦١ .

(٣) الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، مدى سلطان الإرادة في الطلاق : ٢/ ٢٥١.

- ونصت الفقرة الثالثة على ما يأتي :
" إذا لم يطلب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تأريخ العقد ولا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته إذا لم يكن قد أوفى بحقوقها الزوجية " .

إن عدم طلب الزوج زوجته للزفاف تلك المدة المذكورة يؤدي إلى إيذاء الزوجة وتعريضها للأقاويل ، كما يعتبر ذلك مؤشرا لعدم رغبة الزوج في زفافها فتكون الزوجة في وضع غير مستقر فلا هي بذات زوج حقيقة ولا هي غير متزوجة ، فأراد المشرع وضع حد لتلك الحالة على غرار ما قرر بشأن نشوز الزوجة على النحو الذي يأتي لاحقا .

ولم يعتد المشرع بطلب الزوج إذا لم يكن قد أوفى بحقوقها الزوجية كإعطائها معجل مهرها ، وتهيئة مسكن شرعي لها ، ذلك لأن طلبه في وقت لم يوفها حقها يعد طلبا شكليا ولا يوحي بوجود نية صادقة لديه للزفاف ، فإذا كان العقد قد بدأ هكذا فالظاهر أنه لا تحمد عقباه .

نشوز الزوجة :

ليست المادة الثالثة والأربعون هي التي تناولت بالذكر نشوز الزوجة كسبب يبرر التفريق للزوجين ، بل المادة الخاصة بهذا الموضوع هي المادة الخامسة والعشرون الفقرة الخامسة منها ، ولقد رأينا درجه هنا لشدة صلة مضمونه مع مضمون الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الثالثة والأربعين .

فقد نصت الفقرة الخامسة من المادة المذكورة على ما يأتي :
" ٥- يعتبر النشوز سببا من أسباب التفريق وذلك على الوجه الآتي :

أ- للزوجة طلب التفريق بعد مرور سنتين [١] من تأريخ إكتساب حكم النشوز درجة البتات وعلى المحكمة أن تقضي بالتفريق . وفي هذه الحالة يسقط المهر المؤجل فإذا كانت الزوجة قد قبضت جميع المهر ألزمت برد نصف ما قبضته .

ب- للزوج طلب التفريق بعد إكتساب حكم النشوز درجة البتات وعلى المحكمة أن تقضي بالتفريق وتلزم الزوجة برد ما قبضته من مهرها المعجل ويسقط مهرها

(١) بموجب قرار رقم ٦٢ الصادر من رئاسة إقليم كردستان أصبحت المدة ستة أشهر بدلا من سنتين .

المؤجل إذا كان التفريق قبل الدخول ، أما إذا كان بعد الدخول فيسقط المهر المؤجل وتلزم برد نصف ما قبضته إذا كانت قد قبضت جميع المهر " .

عالجت هذه الفقرة حالة مستعصية ومشكلة مزمنة وصلت إليها الحياة الزوجية لاسبيل إلى حلها إلا بإنهاء العلاقة الزوجية إذ قد تطول هذه المشكلة أعواما عديدة مما يعود على المجتمع عموما وعلى الزوجين خصوصا بالضرر فجعلها القانون سببا من أسباب التفريق إذا أراد أحد الزوجين أو كلاهما ذلك .

وبما أن الزوجة هي المسؤولة عن الفرقة في الحالتين فإن القانون أسقط مهرها المؤجل وإفترض المشرع أن يكون المهر المؤجل نصف مهرها بدليل أنه أوجب عليها رد نصف المهر إذا كانت قد إستلمت جميع مهرها،وهذا فيما إذا حصل الدخول أما قبل ذلك فإن الزوجة لا تستحق شيئا من المهر وعليها رد جميع المهر إذا كانت قد إستلمته من الزوج .

ويظهر مما تقدم أن الفرق بين كون الزوج هو الطالب للتفريق وبين كون الزوجة هي الطالبة للتفريق هو في الزمن فقط ، فللزوج ذلك بمجرد إكتساب الحكم درجة البتات ، أما الزوجة فليس لها ذلك إلا بعد مرور سنتين على إكتساب حكم النشوز درجة البتات .

والفرقة الحاصلة بموجب هذه المادة تعد طلاقا بائنا بينونة صغرى وهذا ما نصت عليه الفقرة (٦) من المادة الخامسة والعشرين ونصها :

" ٦- يعتبر التفريق وفق الفقرة (٥) من هذه المادة بائنا بينونة صغرى " .

وبهذا يتبين أن التفريق بسبب نشوز الزوجة يتفق مع التفريق للهجر وعدم الزفاف فيما يأتي :

١. أن المشرع حدد مدة الإبتعاد بين الزوجين بسنتين .
٢. أن الغاية هي وضع حد للعلاقة الزوجية التي تتردد بين البقاء والإنحلال .

ويختلف عنهما في أن الحكم بالنشوز يبرر لكل من الزوجين طلب التفريق بينما يكون في الهجر وعدم الزفاف للزوجة وحدها .

الحالة الثانية : بعد الزوج عنها حكما بسبب مرضه :

خصص المشرع للأمراض والعلل التي تجيز للزوجة طلب التفريق فقرتين من المادة الثالثة والأربعين وهما :

١. الفقرة الرابعة : وتخص العلل والأمراض التي تصيب الجهاز التناسلي للزوج وتجعله بحيث لا يقدر على مقاربة زوجته ومن تلك الأمراض العنة .
٢. الفقرة السادسة : وخصها المشرع للعلل والأمراض الخطيرة أو المنفرة التي تصيب الزوج وتجعل الزوجة غير قادرة أو غير مطيقة للمقام مع زوجها أو تمكينه من نفسها لما يصيبها من جراء مقاربة الزوج لها من مرض أو أذى جسدي أو نفسي ، ولقد أفاض الفقهاء الكلام عن التفريق بين الزوجين عند إصابة أحدهما بها فذهب بعضهم إلى منع ذلك مطلقا وقالوا لا يجوز التفريق بين الزوجين لأي عيب أومرض سواء كان في الزوج أم في الزوجة .[1]

وذهب الجمهور إلى جواز ذلك غير إنهم إختلفوا في أمرين :

أحدهما : فيمن يثبت له الحق في طلب التفريق ، فقال أكثرهم [2] أن هذا الحق يثبت للزوج والزوجة على حد سواء وذهب بعضهم كالحنفية [3] إلى أن هذا الحق يثبت للزوجة وحدها لأن الرجل يملك حق الطلاق .

ثانيهما : في تحديد الأمراض التي تجيز طلب التفريق ، فما إتفقوا عليه هو أن الزوج إذا أصيب بالجب [4] أو الخصاء أو العنة فإن من حق الزوجة أن تطلب التفريق ، وإختلفوا في الجذام والبرص والجنون وأمراض أخرى ، فذهب أكثرهم إلى جواز التفريق بسببها وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى عدم جوازه بسببها [5] ، وأخذ قانون

---

(١) ينظر : إبن حزم الأندلسي ، المحلي : ١٠/٥٨-٦٢ ، ومحمد بن علي الشوكاني ، نيل الأوطار : ١٧٧/٦ .

(٢) وهم المالكية والشافعية والحنابلة والجعفرية وآخرون ، ينظر : إبن رشد الحفيد ، بداية المجتهد : ٥٤/٢-٥٥ ، ومحمد بن عبدا لرحمن ، رحمة الأمة : ص٢٢٠ ، ويونس البهوتي ، الروض المربع : ص ٣٥١-٣٥٣ ، والمحقق الحلي ، شرئع الإسلام : ٢/ ٣٠-٣٢ .

(٣) الكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ١٢٨/٤ .

(٤) الجب هو إستئصال عضو التناسل ،الخصاء هو شل أو إنتزاع الخصيتين والعنة هو إرتخاء عضو التناسل ، وفي الأمراض الخاصة بالمرأة إتفقوا على الرتق والقرن وهما مرضان يمنعان الزوج من المقاربة .

(٥) المرغيناني ، الهداية : ٢٧/٢ .

الأحوال الشخصية بالرأي القائل بجواز طلب التفريق للزوجة إذا أصيب زوجها بأي مرض تناسلي أو بالجذام أو البرص أو الجنون أو أية علة لا يمكن للزوجة معها معاشرة زوجها .[1]

وفيما يأتي نص الفقرتين وشرحهما .

نصت الفقرة الرابعة على ما يأتي :

" إذا وجدت زوجها عنينا أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية سواء كان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية أو إذا أصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم إمكان شفائه منها بتقدير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة على أنه إذا وجدت المحكمة أن سبب ذلك نفسي فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة أن تمكن زوجها من نفسها خلالها " .

وتشتمل هذه الفقرة على الأحكام الآتية :

١. إن للزوجة طلب التفريق إذا أصيب زوجها بالعنة أو بأي مرض آخر في جهازه التناسلي إذا أدى إلى عدم إمكان إتصال الزوج بها ومقاربته لها .
٢. عدم الفرق بين أن تكون هذه الأمراض والعلل موجودة قبل العقد أو حادثة بعده .
٣. وجوب إثبات عدم إمكان الشفاء بتقدير من لجنة طبية رسمية مختصة .
٤. التفرقة بين عنة سببها عضوي وعنة سببها نفسي ، ففي الحالة الأولى يحكم القاضي بالتفريق بمجرد ثبوت عدم إمكان الشفاء بالتقرير المشار إليه ، أما في الحالة الثانية يؤجل التفريق لمدة سنة [2] وعلى الزوجة المقام مع زوجها وتمكينه من نفسها أملا في شفائه .

---

(١) ذهب إبن القيم الجوزية إلى أن كل عيب ينفر أحد الزوجين من الآخر يجيز التفريق بدون حصر للعيوب ينظر له زاد المعاد : ٤٣/٣ .

(٢) إن التأجيل لمدة سنة إشترطه الفقهاء ، ينظر : أبو إسحق الشيرازي ، المهذب : ٢/ ٤٨ ، والكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ٢٩٧/٤ .

- ونصت الفقرة السادسة على ما يأتي :

" ٦- إذا وجدت بعد العقد أن زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر كالجذام [1] أو البرص [2] أو السل أو الزهري أو الجنون أو أنه قد أصيب بعد ذلك بعلة من هذه العلل أو ما يماثلها ، على أنه إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي أن العلة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة وللزوجة أن تمتنع عن الإجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل ، أما إذا وجدت المحكمة أن العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وإمتنع الزوج عن الطلاق وأصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق " .

تشتمل هذه الفقرة على الأحكام الآتية :

١. جواز طلب التفريق للزوجة إذا أصيب زوجها بعد العقد (قبل الدخول وبعده) بعلة كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون أو أي علة أخرى تكون خطيرة وسارية أومنفرة ، فالمشرع لم يحصر العلل بل ذكر لها أمثلة بدليل أنه قال (أو ما يماثلها) أي يماثلها في الخطورة والسريان والنفور .
٢. عدم إصدار الحكم بالتفريق، وتأجيل ذلك لمدة مناسبة إذا كانت العلة قابلة للزوال .
٣. إذا أجل التفريق لمدة معينة فمن حق الزوجة الإمتناع عن الإجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل .
٤. إذا إنتهت مدة التأجيل وبقيت العلة وأصرت الزوجة على طلبها وإمتنع الزوج عن الطلاق فرق القاضي بينهما .

---

(١) الجذام داء يتآكل منه اللحم ويتساقط .

(٢) البرص : بياض شديد يظهر في الجلد على شكل بقع .

ويشترط في التفريق بسبب الأمراض التناسلية والعلل ما يأتي :

١. أن تتقدم الزوجة بطلب إلى القضاء للتفريق .
٢. ألا تكون قد رضيت بالعلة عند علمها بها قبل العقد أو بعده .[١]
٣. ألا تكون مصابة بعلة مماثلة لعلة الزوج .
٤. ألاتكون العلة قابلة للشفاء ويثبت ذلك طبيا .[٢]

ثالثا : الحرمان من الإنجاب :

تبين من التعريف القانوني لعقد الزواج أن غاية هذا العقد هي الحياة المشتركة والنسل ، وهذه الغاية تخص طرفي العقد وهما الزوج والزوجة وإذا كان الزوج يريد إستمرار نسله فإن الزوجة لها غريزة الأمومة وهي بحاجة إلى إرضاء ، وعليه فإذا لم يحقق العقد غايته أو جزءا منها فإن من الحق أن يكون كل من الزوجين في حل من أمره ، ولا إشكال بالنسبة للزوج إذا كانت الزوجة عقيمة لأن بإمكانه التزوج من أخرى ، أما إذا كان الزوج عقيما وأرادت الزوجة أن تنجب ولدا فلا طريق أمامها سوى طلب التفريق ، وهذا ما أقره قانون الأحوال الشخصية في الفقرة الخامسة من المادة الثالثة والأربعين منه ونصها :

---

(١) ينظر : الكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ٤/ ٢٩٧ ، ونص على هذا الشرط عدة قوانين كالقانون الأردني في المادة (١١٨ و ١١٤) ، والقانون السوداني في المادة ١٥١ والقانون السوري في المادة ١٠٦ فقرة ١ ونصها " يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في المادة السابقة إذا علمت بها قبل العقد أو رضيت بها بعده " ، وهذا الشرط ليس في محله مادام تضرر المرأة هو موضع النظر في التفريق فالحكمة في أن يكون لها هذا الحق متى ما أرادت إزالة الضرر عنها .

(٢) ينظر : لهذه الشروط : الدكتور أحمد علي و الدكتور حمد عبيد الكبيسي والدكتور محمد عباس .. شرح قانون الأحوال الشخصية ، المصدر السابق ، ص ١٥٧ ، والدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز ، المصدر السابق ، ص ١٦٦ ، و ورد في هذين المصدرين شروط أخرى وهي : أن تكون الزوجة بالغة ، وأن يكون الزوج بالغا إذا كان التفريق بسبب العنة ، وأرى أن هذين الشرطين ليسا واردين قانونا لأن الزواج الذي يكون نافذا في القانون هو زواج بين رجل بالغ وإمرأة بالغة بالمعنى الشرعي ، فناقص الأهلية الذي أكمل الخامسة عشرة من العمر هو شخص بالغ شرعا .

" ٥- إذا كان الزوج عقيما أو إبتلى بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة " .

والعقم المقصود هنا هو العقم الذي لا يرجى شفاؤه ، ولا فرق بين أن يكون الزوج عقيما إبتداء أو أصيب بالعقم بعد الزواج فللزوجة في الحالتين حق طلب التفريق شريطة ألا يكون لها ولد منه على قيد الحياة ، وطبقا لمنطوق النص فإن الزوجة تبقى محتفظة بحق طلب التفريق إذا كان لها ولد من زوج آخر [1]، ونرى أنه ليس لهذا الحكم ما يبرره فإذا كان إرضاء غريزة الأمومة هو الباعث على تشريع هذه الفقرة على ما يظهر ، فإنه يكفيها أن يكون لها ولد من زوج آخر ، ولهذا فإن قيد (منه) الوارد في الفقرة أعلاه ينبغي حذفه .

ويشترط في التفريق للعقم ما يأتي :

١. أن تقدم الزوجة طلبا للقضاء .
٢. ألا يكون العقم قابلا للشفاء .
٣. ألا يكون لها ولد منه على قيد الحياة إذا كان العقم طارئا .
٤. ألا تكون الزوجة قد علمت بالعقم ورضيت به .
٥. ألا تكون هي عقيمة أيضا .

رابعا : طلب الزوجة :

منح القانون للزوجة غير المدخول بها الحق في طلب التفريق وعلى المحكمة أن تستجيب لطلبها دون أن تكلفها بتقديم الأسباب التي دعتها إلى هذا الطلب وبعد أن ترد الزوجة لزوجها ما قبضته من مهر وما صرفه الزوج لأغراض الزواج من نفقات ثابتة .

إن منح الزوجة غير المدخول بها هذا الحق جاء تلبية لرغبتها ، فمادامت ترغب في ذلك فإن من الأفضل الإستجابة لها مادام الأمر في بدايته إذ لا أمل يرتجى من إتمام هذا الزواج والإستمرار فيه .

---

(١) الدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية : ص٦٦ .

ونص على الأحكام السابقة البند ثانيا من المادة الثالثة والأربعين كما يأتي :
" ثانيا – للزوجة الحق في طلب التفريق قبل الدخول وفي هذه الحالة على المحكمة أن تقضي بالتفريق بعد أن ترد الزوجة إلى الزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من أموال ونفقات ثابتة صرفها لأغراض الزواج " .

وسائل الإثبات ونوع الطلاق الواقع

أولا : وسائل الإثبات :

نصت المادة الرابعة والأربعون على ما يأتي :
" يجوز إثبات أسباب التفريق بكافة وسائل الإثبات بما في ذلك الشهادات الواردة على السماع إذا كانت متواترة ويعود تقديرها للمحكمة وذلك بإستثناء الحالات التي حدد القانون وسائل معينة لإثباتها " .
وتعني هذه المادة :

أن الأسباب التي يستند إليها للحكم بالتفريق بين الزوجين يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات بإستثناء الحالات التي نص القانون فيها على وسيلة إثبات معينة .
وهذه الحالات هي :

١. إدمان الزوج على تناول المسكرات أو المخدرات ، فقد إشترط القانون إثبات ذلك بتقرير صادر من لجنة طبية رسمية مختصة .
٢. إصابة الزوج بالعنة أو ابتلاؤه بأي مرض يمنعه من أداء واجباته الزوجية وثبوت عدم إمكان شفائه ، فكل ذلك يشترط لإثباته صدور تقرير من لجنة طبية رسمية مختصة .

كما إشترط القانون أن يثبت بالكشف الطبي عدم إمكان شفاء الزوج من العلل التي أصيب بها ، والمذكورة في الفقرة السادسة .

وهناك حالات أخرى لم ينص عليها القانون إلا أن إثباته يحتاج إلى إستشهاد طبي كإصابة الزوج بالعقم .

ثانيا : نوع الطلاق الواقع بالتفريق القضائي :

نصت المادة الخامسة والاربعون على ما يأتي :

" يعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد (الأربعين والحادية والأربعين والثانية والأربعين والثالثة والأربعين) طلاقا بائنا بينونة صغرى " .

والغاية من إيقاع الطلاق بائنا في المواد المذكورة أنه لو أوقع القضاء الطلاق رجعيا لكان بإمكان الزوج مراجعة زوجته دون رضاها في أثناء المدة ولما تحققت الفائدة من التفريق .

وتجدر الإشارة إلى أن التفريق لعدم الإنفاق كان في الماضي يعد طلاقا رجعيا وبعد التعديل أصبح بائنا .



الفصل الثالث

التفريق الإختياري " الخلع"

ذكرنا في البداية أن الفرقة بين الزوجين قد تحصل بإرادة الزوج المنفردة وتسمى طلاقا وقد تحصل بحكم القضاء وتسمى التفريق القضائي وقد تحصل بإرادة الزوجين وتسمى الخلع وقد سبق بيان أحكام النوعين الأولين من الفرقة ونبين هنا أحكام الخلع ، وعلى الوجه الآتي :

المبحث الأول

تعريف الخلع ومشروعيته

أولا : تعريف الخلع :

الخلع لغة النزع والإزالة

وشرعا : هو إتفاق الزوجين على إنهاء رابطة الزوجية بلفظ الخلع أو مافي معناه مقابل عوض يدفع من جانب الزوجة إلى الزوج . [1]

ولايختلف التعريف القانوني للخلع عن التعريف الشرعي من حيث المضمون فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة السادسة والأربعين ما يلي :

" ١- الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي ، مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون " .

وقد سبقت الإشارة إلى أحكام المادة التاسعة والثلاثين والتي تخص إقامة دعوى الطلاق في المحكمة وإستحصال حكم به ، أو تسجيل الطلاق خلال مدة العدة ، وهذان الأمران مطلوبان بالنسبة للخلع أيضا طبقا لهذه الفقرة .

---

(١) الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي ، مدى سلطان الإرادة في الطلاق : ٢/ ١٨٣، وأحمد محمود الشافعي ، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية : ص ٦٢ ، وما في معنى الخلع من الألفاظ : المبارأة ، والفدية ، والصلح .

ثانيا : مشروعية الخلع :

إتفــق الفقهــاء على جواز الخلع من حيث الأصل [1] لكنهم إختلفوا في السبب الذي يجيــزه [2] والــذي علــيه الأكثرية انه إذا كرهت المرأة زوجها وشق عليها دوام العشرة معها تستطيع أن تخلص نفسها بالمخالعة . [3]

والدليل الشرعي على جواز الخلع :

١. قوــله تعــالى : " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولايحل لكم أن تــأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فــلا جنــاح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون " . [4]

فهذه الآية تدل على رفع الحرج عن الزوج في قبول المال من زوجته مقابل الفرقة بينهما .

٢. جــاءت زوجــة ثابــت بــن قــيس إلى رســول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يارســول الله إني مــا أعتب عليه في خلق ولادين ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال صــلى الله علــيه وسلم : أتردين حديقته ؟ فقالت : نعم فقال عليه السلام لزوجها : إقــبل الحديقــة وطلقهــا تطليقة [5] وفي هذا الحديث دليل على أن المرأة إذا كرهت زوجهــا وشــق عليها العيش معه لشدة كرهها له فلا حرج على الزوج في أن يأخذ منها ما أعطاها ولاحرج على الزوجة في رد ما أخذته .

---

(١) محمــد بن عبدالرحمان ، رحمة الأمة : ص ٢٢٦ ، ، وفيه " الخلع مستمر الحكم بالإجماع ويحكى عن بكير بن عبدالله المزني أنه قال: الخلع منسوخ ،وهذا ليس بشيئ " .

(٢) إبــن رشد الحفيد ، بداية المجتهد :٢/ ٧٤ ، وفيه " يتحصل في الخلع خمسة أقوال، قول : أنه لايجوز أصــلا ، وقــول: أنــه يجوز على كل حال أي مع الضرر وقول : أنه لايجوز إلا مع مشاهدة الزنا ، وقول: مع خوف أن لايقيما حدود الله وقول: أنه لايجوز في كل حال إلا مع الضرر وهو المشهور " .

(٣) محمــد بــن عــبدالرحمان ، المصــدر السابق والإشارة السابقة وفيه " إتفق الأئمة على أن المرأة إذا كرهــت زوجهــا لقبح منظر أو سوء عشرة جازلها أن تخالعه على عوض وإن لم يكن من ذلك شئ وتراضــيا الخلع من غير سبب جاز ولم يكره وحكي عن الزهري وعطاء وداود أن الخلع لايصح في هذة الحالة " .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(٥) إبن حجر العسقلاني ، فتح البارى : ٩/ ٣٩٥ .

المبحث الثاني
شروط الخلع وتكييفه

أولا : شروط الخلع .

يشترط لصحة الخلع مايأتي .

أن يكون الزوج المخالع أهلا لإيقاع الطلاق ، فلا يصح الخلع من السكران والمجنون والمعتوه والمكره وفاقد التمييز بسبب الغضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض كما لا يصح الخلع من المريض مرض الموت أو من شخص في حالة يغلب معها الهلاك ، فكل من لم يوقع القانون طلاقه لم يصح خلعه .

١. أن تكون الزوجة المخالعة محلا للطلاق كأن تكون هنالك زوجية صحيحة قائمة حقيقة أو حكما .
٢. ان تدفع الزوجة عوضا لزوجها .
٣. أن تكون الزوجة راضية غير مكرهة وعالمة بمعنى الصيغة .
٤. أن تكون الصيغة بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمباراة والفدية ويشترط الجعفرية فوق ماتقدم حضور شاهدين عدلين .

فإذا تحققت هذه الشروط صح الخلع ووقع به طلاق بائن .

نصت على بعض هذه الأحكام الفقرة الثانية من المادة السادسة والأربعين وكما يلي .

" ٢- يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق وأن تكون الزوجة محلا له ويقع بالخلع طلاق بائن " .

ثانيا : تكييف الخلع .

الخلع من جانب الزوج يعد يمينا لأنه يعلق الطلاق على قبول الزوجة والتعليق يمين ، ومن جانب الزوجة يعد معاوضة لأن الزوجة تقصد إفتداء نفسها وتخليص عصمتها بالبدل الذي تدفعه، فهو منها بمنزلة مبادلة ومعاوضة .

وكـون الخلـع يمينـا مـن جانـب الـزوج ومعاوضة من جانب الزوجة تترتب عليه الأحكام التالية .

١. لـيس للزوج الرجوع عن إيجابه قبل قبول الزوجة إذا كان الإيجاب صادرا منه ، لأنه تعلـيق والتعلـيق لايجوز الرجوع عنه ، أما إذا كان الإيجاب صادرا من الزوجة فلها الرجوع .
٢. ليس للزوج ان يشترط الخيار في مدة معلومة لكن الزوجة لها ذلك .
٣. لايـبطل إيجـاب الـزوج بـتركه مجلس العقد بل يبقى قائما لكن ترك مجلس العقد من قبل المرأة دون قبولها يبطل المعاوضة . [١]

المبحث الثالث

العوض في الخلع وآثاره

أولا : العوض في الخلع .

لاخـلاف بـين الفقهـاء في أن العوض في الخلع كالمهر فكل ما صلح أن يكون مهرا صلح أن يكون عوضا في الخلع . [٢]

وإشـترطوا فـيه أن يكـون مما يصح تملكه وبيعه ويصلح أن يكون عوضا [٣] ، يقول يحيى بن شرف النووي : " العوض هو الصداق فيجوز قليلا وكثيرا عينا ودينا ويشترط

---

(١) الدكـتور أحمـد عـلي وآخـرون ، شـرح قـانون الأحـوال الشخصـية : ص١٦٤ ، والدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز : ص ١٩١-١٩٢.

(٢) يـنظر : ابـو الليث السمرقندي ، خزانة الفقه ، المصدر السابق: ص ١٧٥ ، والمرغيناني ، الهداية : ١٤/٢-١٥ ، وإبـن قدامـة المقدسي ، المغني مع الشرح : ٨/ ١٩٣ ، وجعفر بن حسن الحلي ، المختصر النافع : ص٢٠٣ .

(٣) إبـن جـزي ، القوانين الفقهية : ص ٢٣٧ ، وفيه اضافة شرط آخر وهو أن لايؤدي إلى ما لايجوز كالخلع على السلف أو التأخير بدين ، وأيضا إبن رشد ، بداية المجتهد : ص ٢٣ .

أن يكون متمولا مع سائر شروط الأعواض كالقدرة على التسليم وإستقرار الملك وغيرها " .[1]

وبناء على ماتقدم فإنه يصح أن يكون عوضا في الخلع كل مال أو منفعة كسكن دار ، وزراعة أرض ، و إرضاع طفل أو حضانته أو الإنفاق عليه وما أشبه كذلك .[2]

ومن هنا نص بعض القوانين كالقانون الأردني في المادة ١٠٤ منه على أنه : " كل ماصح إلتزامه شرعا صح أن يكون بدلا في الخلع " .

وعلى مثل هذا نصت المادة ٩٧ من قانون الأحوال الشخصية السوري .

وفيما يتعلق بمقدار المهر فقد أجاز الفقهاء أن يكون عوض الخلع أكثر من مهرها على أن بعضهم أجازوه مع الكراهة ، وقد أجاز القانون أن يكون العوض أكثر أو أقل من المهر فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة السادسة والأربعين على أنه :-

" ٣- للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها " وحكم القانون هذا مبني على أن الخلع عقد قائم على التراضي فما تراضى عليه الزوجان مما لايتعارض مع أحكام الشريعة جاز أن يكون عوضا في الخلع .

ثانيا : آثار الخلع :

يقع بالخلع طلاق بائن ،فقد نصت عليه الفقرة الثامنة من المادة السادسة والأربعين .

أما فيما يتعلق بعوض الخلع وحقوق الزوجين من حيث بقاؤها أو سقوطها فقد إختلف الفقهاء :-

---

(١) ينظر له روضة الطالبين ، المصدر السابق : ص ١٣٢١ ، وإختلف الحنفية والمالكية والحنابلة مع الشافعية في أنهم أجازوا كون عوض المهر مجهولا كأن تخالع الزوجة زوجها على ما تلد الغنم وماتحمل الشجر ، ينظر : السمناني ، روضة القضاة : ٢/٢٩٥٥ ، ومحمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي : ٢/ ٣٤٨ ، وإبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ١٨٥/٨ ، والظاهر أن إجازة الجمهور لجهولية العوض مبنية على أن الخلع طلاق والطلاق يجوز فيه التعليق ، وبما أن القانون لايوقع الطلاق إلا منجزا فإن ذلك يعني عدم جواز كون عوض الخلع مجهولا في القانون .

(٢) ينظر : محمد بن عرفة الدسوقي ، المصدر السابق : ٣٥٠/٢ ، ومحمد بن عبدالرحمان ، رحمة الأمة : ص ٢٢٧ ، وزكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٤٦٥ ، والدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز : ص ١٧٧ .

فذهب أبوحنيفة إلى سقوط كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر بمقتضى العقد الـذي حصـل الخلـع فيـه فيسـقط المهر والنفقة الزوجية من ضمنها النفقة المتجمدة أما نفقة العدة فلا تسقط إلا إذا ذكر المتخالعان ذلك صراحة .[1]

وذهـب جمهـور الفقهـاء منهم محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية إلى أنه لايسقط بـالخلع شـيء من حقوق الزوجة إلا إذا نص على إسقاطه [2] ، ومعنى ذلك أنه لايجب إلا العوض المتفق عليه . [3]

وهـذا هـو الـرأي الراجح في نظرنا مادام الخلع عقدا ومعاوضة من جانب الزوجة وهـذا مـا يفهـم من نص المادة السادسة والأربعين إذ أنه إعتبر الخلع عقدا ينعقد بإيجاب وقـبول ، كمـا أن الفقرة الثالثة تقول : للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقل مـن مهـرها ، ومعـنى ذلـك أن القانون قد ربط مقدار العوض بإرادة الزوج والزوجة وعلـيه لايسـقط بـالخلع إلا ماتراضـيا عليه ، وقد جاء في قرار المحكمة التمييز مايلي : " لاتسـقط حقـوق الزوجة المطلقة طلاقا خلعيا إلا بالنسبة لما وقع عليه البذل دون بقية الحقوق الأخرى " . [4]

وحيـث ثبـت العـوض فإن الزوجة تكون ملزمة ببذله للزوج و إذا بطل البدل وقع طلاق رجعي .[5]

---

(١) الكمـال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ٤/ ٧٥-٧٧ ، أما نفقة السكنى فلا تسقط عند محمد لأنها حـق ثابـت بالشـرع ، وهـذا مـا ذهب إليه فقهاء آخرون كالمالكية ، أنظر: المصدر السابق ، ومحمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي :٢/٣٥٠ .

(٢) وافـق أبـو يوسف محمد ، في الخلع بلفظ المخالعه ، ووافق أبا حنفية في الخلع بلفظ المبارأة ، ينظر : الكمال بن الهمام : ٢/٧٥ .

(٣) الكمال بن الهمام : ٤/٧٦-٧٧ .

(٤) إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز : ص ٦٤ .

(٥) يحـيى بـن زكريا النووي ، روضة الطالبين : ص ١٣٢٤ ، وأحمد محمود الشافعي ، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية : ص٧٥ .

المبحث الرابع

التفريق بحكم الشرع (1)

لم يتطرق قانون الأحوال الشخصية إلى ثلاثة انواع من التفريق يحصل بحكم الشرع وهي :

1- التفريق للإيلاء .

2- التفريق للظهار .

3- التفريق بسبب اللعان .

وسنتكلم بإختصار عن هذه التفريقات فيما يأتي :

المطلب الأول

التفريق للإيلاء

الإيلاء لغة : اليمين و الحلف مطلقاً .

وشرعا : هو أن يحلف الزوج بأن لا يقرب زوجته مدة أربعة أشهر أو أكثر أو يعلق على قربانها أمرا فيه مشقة على نفسه .(2)

والإيلاء إساءة إلى الزوجة وإيذاءها والأصل في الإيلاء قوله تعالى " للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءو فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم " (3) ، فهذه الآية تدل بوضوح على أن الفرقة تحصل بين الزوجين فيما إذا لم يفيء إليها دفعا للظلم عن الزوجة ،ذلك لأنها تكون كالمعلقة فلا هي زوجة ولاهي مطلقة .

ولقد إختلف الفقهاء في كيفية التفريق بسبب الإيلاء .

---

(1) يطلق بعض الكتاب عبارة التفريق التلقائي على هذا النوع من التفريق والسبب في ذلك على مانرى أن بعض الفقهاء يرون أن هذه الأنواع من التفريق كالإيلاء و الظهار واللعان أو بعضاً منها يؤدي إلى إنهاء الرابطة الزوجية بصورة تلقائية دون توقف على طلاق من الزوج أو من القاضي .

(2) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص 1–5 .

(3) سورة البقرة : آية 226–227 .

فذهب الحنفية إلى أن التفريق يحصل بمجرد إنتهاء مدة أربعة أشهر من غير أن يقربها ويكون الطلاق بائنا .[1]

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق لايقع بمجرد إنقضاء المدة المذكورة بل ينتظر فإذا مضت مدة أربعة أشهر ولم يفيء الزوج ورفعت الزوجة أمرها إلى القضاء أمره القاضي بالفيئة فإن أبى طلق عليه ويكون الطلاق رجعيا .[2]

وتجب الإشارة إلى أن فقهاء المالكية ذهبوا إلى أن الزوج إذا ترك مقاربة زوجته بقصد الإضرار بها فإنه يلزمه حكم الإيلاء وإن لم يحلف يمينا .[3]

المطلب الثاني

التفريق للظهار

الظهار هو : تشبيه الرجل زوجته بإمرأة محرمة عليه حرمة مؤبدة أو بجزء منها يحرم عليه النظر إليه كالظهر والبطن كأن يقول لها أنت علي كظهر أمي وأختي أو أنت كظهر أمي أو أختي بدون أن يذكر كلمة علي .[4]

والأصل في الظهار قوله تعالى : " الذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وإن الله لعفو غفور والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا

---

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ٢٧٩/٣ .

(٢) إبن جزي ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٦، وأبو الحسن الماوردى الحاوي الكبير : ٣٤٠/١٠ ، ويونس البهوتي ، الروض : ص٣٩٤ .

(٣) إبن رشد الحفيد ، بداية المجتهد : ١٠٩/٢ .

(٤) زكي الدين شعبان ، المصدر السابق ، ص ٥١٧ ، ويرى بعض الفقهاء أن الظهار لا يتحقق إلا إذا قال الرجل لزوجته " أنت على كظهر أمي " وقال الشافعي و أبو حنيفة إذا قال هي على كامي ينوى في ذلك لأنه قد يريد بذلك الإجلال لها، وقال مالك هو ظهار ، كذلك إذا شبه زوجته بأجنبية لا تحرم عليه على التأبيد يعتبر ظهاراً عند مالك ينظر :إبن رشد الحفيد ، بداية المجتهد : ١٣٣/٢.

فمن لم يستطيع فإطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله و للكافرين عذاب اليم " .[1]

فهذه الآيات قاطعة في تحريم الظهار لمافيه من إيذاء للمرأة وقلب للحقائق .

فإذا ظاهر الزوج من زوجته فإنه يحرم عليه التقرب منها حتى يكفر على النحو الوارد في الآية السابقة فإن لم يكفر حبسه القاضي حتى يكفر أو يطلق .

ودفعا للإلتباس بين الطلاق الكنائي و الظهار نبين الفرق بينهما وهو :

أن الطلاق الكنائي لكي يقع لابد من أن ينوي الزوج الطلاق وتنتهي بذلك العلاقة الزوجية أما عبارة الظهار فلا تدل على التفريق بل تحول العلاقة الزوجية إلى علاقة محرمية .[2]

المطلب الثالث

التفريق بسبب اللعان

اللعان هو : شهادات مؤكدات بالأيمان يؤديها الزوجان إذا قذف الزوج زوجته بالزنا أو نفى نسب ولدها مقرونة باللعن وبالغضب منها .[3]

فإذا إتهم الزوج زوجته بالزنا أو نفى نسبة الولد إليه ولم يستطع إثبات ذلك أمام القضاء فإنه يعاقب بعقوبة القذف وله أن يلاعن على النحو الذي ورد في التعريف .

وأصل اللعان قوله تعالى " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولاتقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم " .[4]

وهذا نص عام موجه إلى كل من يتهم المراة المحصنة بالزنا ، أما بالنسبة إلى الزوج إذا إتهم زوجته فقد قال تعالى " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم

---

(١) سورة المجادلة : آية ٢-٤ .

(٢) إبراهيم عبدالرحمان إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني : ص ٢٥ .

(٣) المصدر السابق : ص٢٥٦.

(٤) سورة النور : آية ٤-٥.

فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين " .[1]

وإذا كان المراد من اليمين نفي الولد فتكون اليمين على أنه صادق فيما رماها به من نفي الولد وتحلف هي على كذبه فيما رماها به من نفي الولد .

آثار اللعان :

ذهب بعض الفقهاء إلى أن اللعان لا تترتب عليه فرقة بين الزوجين .[2]

وذهب جمهور الفقهاء إلى ترتب الفرقة على اللعان لأن ما وقع بينهما من التقاطع والتباغض و التهاتر وإبطال حدود الله ما أوجب أن لايجتمعا أبدا ذلك لأن الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل العدم .[3]

ورغم إتفاق الجمهور على الفرقة إختلفوا في وقتها :

- فذهب الحنفية و أحمد في رواية عنه إلى أن الفرقة تقع بين الزوجين بحكم القاضي بعد إنتهاء اللعان .[4]
- وذهب المالكية والظاهرية وأحمد في رواية عنه و بعض الحنفية إلى أن الفرقة تحصل بين الزوجين بتمام اللعان دون حاجة إلى القاضي .[5]

---

(١) سورة النور : آية ٦-٩ .

(٢) إبن رشد الحفيد ، بداية المجتهد : ٢/ ١٣٠-١٣١ ، وهم عثمان البتي وطائفة من أهل البصرة .

(٣) المصدر السابق : ص ١٣١ .

(٤) الكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ٣/ ٢٥٣ ، وإبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٢٩/٩ .

(٥) إبن رشد الحفيد : ١٣١/٢، وإبن جزي ، القوانين الفقهية :ص٢٤٩ ، وإبن حزم الأندلسي ، المحلى : ٤١٤/١٠ ، وإبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٢٩/٩ ، والكاساني ، بدائع الصنائع : ٣٨٨/٣ ، والكمال بن الهمام : ١٢٣/٤ ، وفيه نسب الرأي إلى أبي يوسف .

- وذهب الشافعية إلى أن الفرقة تقع بإنتهاء الزوج من لعانه .[1]

ويقع بالخلع طلاق بائن عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن الشيباني والفرقة بينهما عندهم توجب حرمة مؤقتة [2] ، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الفرقة بينهما فسخ وأنها توجب حرمة مؤبدة .[3]

ويترتب على تمام اللعان نفي نسب الولد أيضا.[4]

تعقيب :

إن أحكام الإيلاء و الظهار تهدف إلى حماية الزوجة ورفع الظلم عنها لذلك كان الأجدر بالمشرع العراقي أن يجعلهما سببا من أسباب التفريق ويدرجهما في المادة الثالثة والأربعين ، ثم إن اللعان يقوم مقام حد القذف بالنسبة للزوج ومقام حد الزنا بالنسبة للزوجة ويترتب عليه أثران يقعان ضمن إختصاص قانون الأحوال الشخصية وهما :

التفريق بين الزوجين ،ونفي النسب، لذلك كان من الأجدر بالمشرع أن ينظم أحكامه كلاً في الموضع الذي يتناسب معه .

---

(١) الشربيني ، مغني المحتاج : ٣/٣٧٤ .

(٢) الكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير :٤/ ١١٩-١٢٠ .

(٣) إبن رشد الحفيد ، بداية المجتهد : ٢/١٣٢ ، وأبوإسحق الشيرازي ، المهذب : ٢/١٢٧ ، وإبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٩/٣٣ .

(٤) إبن جزي ، القوانين الفقهية : ص٢٤٩ .

الفصل الخامس

في العدة



المبحث الأول

تعريف العدة وسبب وجوبها وأنواعها

المطلب الأول

تعريف العدة

العدة لغة الإحصاء .

وشـــرعا عـــبارة عن المدة التي حددها الشارع عقب الفرقة تنتظر فيها الزوجة بدون زواج لحين إنقضاء تلك المدة .

فإذا إنتهى عقد الزواج بأي سبب من أسباب إنتهائه كالطلاق أو التفريق أو الفسخ أو المتاركة أو خيار البلوغ أو الموت فإن على الزوجة أن تنتظر مضى المدة المحددة شرعا فلا يحل لها خلالها أن تتزوج بغير زوجها الأول بل لا يجوز حتى خطبتها .

أما الزوج فلا عدة عليه وبإمكانه أن يتزوج بعد الفرقة مباشرة إلا إذا كان هنالك مانع يمنعه من ذلك .

المطلب الثاني

سبب وجوب العدة

إن ســـبب وجوب العدة هو الفرقة بين الزوجين، غير أن هذه الفرقة قد تحصل بالطلاق أوالـــتفريق أوالفســـخ أو المتاركة وقد تحصل بوفاة الزوج ، فإذا كانت الفرقة بوفاة الزوج فإن العدة تجب على الزوجة بقطع النظر عن حصول الدخول وعدم حصوله لقوله تعالى :

" والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة اشهر وعشرا " .[1]

فالآيـــة وردت مطلقـــة بإيجـــاب العـــدة دون تفرقة بين تحقق الدخول وعدم تحققه ، وهـــذا فـــيما إذا كان عقد الزواج صحيحا أما إذا كان فاسدا فإنه لاعدة على المتوفى عنها زوجهـــا مـــالم يـــتحقق الدخول فإذا تحقق الدخول بعد العقد الفاسد فإن على المتوفى عنها زوجها أن تعتد عدة هي غير عدة الوفاة .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٤ .

أمـــا إذا كانـــت الفـــرقة لغير وفاة الزوج كالطلاق والتفريق والفسخ والمتاركة فإنه لاعدة على الزوجة إذا كانت غير مدخول بها لقوله تعالى :

" ياأيهـــا الذيـــن آمـــنوا إذا نكحـــتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها " .[1]

أما إذا كانت مدخولاً بها حقيقة أو حكما [2] فإنه تجب عليها العدة لقوله تعالى :

" والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " .[3]

وتجب العدة بعد الدخول ولوكان العقد فاسدا .

ونخلص مما تقدم إلى أن العدة تجب على هؤلاء النسوة [4] :-

١. المـــتوفى عـــنها زوجها المدخول بها وغير المدخول بها إذا كان العقد صحيحا ، أما إذا كان فاسدا فإنه لاعدة على المتوفى عنها زوجها قبل الدخول .
٢. المطلقـــة أو المفارقـــة لزوجها (بغير الوفاة) إذا تم الدخول حقيقة أو حكما بعد عقد صحيح .
٣. المفارقة لزوجها المدخول بها دخولاً حقيقيا بعد عقد فاسد .

أمـــا الدخـــول الحكمـــي (الخلوة) بعد عقد فاسد فلا يوجب العدة [5] ولا فرق بين أن تكـــون الفـــرقة حاصلة بطلاق رجعي أو طلاق بائن بينونة صغرى أو بينونة كبرى كما لا فرق بين أن تكون الزوجة مسلمة أو كتابية .

ونصت على أكثر الأحكام السابقة المادة السابعة والأربعون ونصها :-

---

(١) سورة الأحزاب : آية ٤٩ .

(٢) ذهـــب الشـــافعي في أحـــد قولـــيه إلى أن الخلوة لاتوجب العدة ، ينظر : أبو إسحق الشيرازي ، المصدر السابق ، المهذب : ١٤٢/٢ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٤) إضـــافة إلى هـــذه الحالات فقد أوجب الفقهاء العدة على المدخول بها بشبهة ، كما أوجب بعضهم العدة على المزني بها .

(٥) وهذا ما عليه الجمهور وذهب المالكية إلى وجوب العدة .

" تجب العدة على الزوجة في الحالتين الآتيتين :-

١. إذا وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول سواء كانت عن طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى أو كبرى أو تفريق أو متاركة أو فسخ أو خيار بلوغ .

٢. إذا توفى عنها زوجها ولو قبل الدخول " .

المطلب الثالث
أنواع العدة وتحولها

الفرع الأول
أنواع العدة

عدة المرأة على ثلاثة أنواع وهي :-

١. العدة بالإقراء .

٢. العدة بالأشهر .

٣. العدة بوضع الحمل .

وسنتكلم عن هذه الأنواع الثلاثة فيما يأتي :

أولا : العدة بالإقراء :

إختلف الفقهاء في المقصود بالقرء في قوله تعالى : " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " .

فذهب بعض الفقهاء كالحنفية والحنابلة إلى أن المقصود بالقرء هو الحيض [١] وذهب المالكية والشافعية والظاهرية إلى أن المقصود به هو الطهر [٢] وعلى كلا التفسيرين يجب

---

(١) ينظر : السرخسي .. المبسوط : ٣٢/٣ ، وابن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٨٠/٩ .

(٢) ينظر : إبن جزي ، القوانين الفقهية : ص٢٤٠ ، أبو حامد الغزالي ، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي : ٩٣/٢ ، وإبن حزم الأندلسي ، المحلى : ١٠/ ٢٥٧ ، وهذا أشهر الروايتين ، في الفقه الجعفري ، ينظر : المحقق الحلي ، شرائع الإسلام : ٣٤/٣ .

على المرأة المطلقة أن تعتد ثلاثة قروء إذا كانت مدخولا بها .[1]

ويشترط للعدة بالقرء ما يأتي :

١. أن تكون الزوجة مدخولا بها حقيقة أو حكما .

٢. أن تكون من ذوات الحيض فلا تكون صغيرة لم تبلغ سن الحيض أو آيسة تجاوزت سن الحيض .

٣. أن لاتكون حاملا.

٤. أن لاتكون معتدة من وفاة .

ثانيا : العدة بالأشهر:

تعتد المرأة بالأشهرفي ثلاث حالات :-

١- إذا توفي زوجها في زواج صحيح ولم تكن حاملا وقت وفاة زوجها،ومدة العدة أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى : " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا " .[2]

أما إذا كان العقد فاسدا وتم الدخول فإن المتوفى عنها زوجها تعتد بالإقراء لا بالأشهر ، وسبق بيان أن المتوفى عنها زوجها لاعدةعليها إذا كان العقد فاسدا ولم يتم الدخول .

٢- إذا كانت المفارقة لزوجها (بغير الوفاة) لم تكن قد بلغت سن الحيض وتم الدخول فإن عدهّا ثلاثة أشهر .

٣- إذا كانت المفارقة لزوجها (بغير الوفاة) ممن بلغت سن اليأس فعدهّا ثلاثة أشهر ، والدليل الشرعي لهذه الحالة والتي قبلها قوله تعالى : " واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن إرتبتم فعدهّن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن " .[3]

---

(١) والفرق بين المذهبين أن من فسر القروء بالأطهار رأى أنها إذا دخلت المطلقة الرجعية في الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للأزواج ومن فسرها بالحيضات لم تحل عنده حتى تنقضي الحيضة الثالثة .. ينظر : إبن رشد الحفيد ، بداية المجتهد : ٢/ ٩٧ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٣٤ .

(٣) سورة الطلاق : آية ٤ .

وقد حدد بعض الفقهاء سن اليأس بخمسين سنة وبعضهم كالحنفية بخمس وخمسين سنة وعليه الفتوى عندهم ، وحددها بعض الفقهاء بستين سنة [1]، ولادليل على ترجيح أي رأي من هذه الآراء مادامت المسألة تختلف من إمرأة لأخرى وينبغي اللجوء إلى الطب ليحسم الأمر .

ثالثا : العدة بوضع الحمل :

لاخلاف بين الفقهاء في أن المطلقة أو المفارقة لزوجها (ماعدا المتوفى عنها زوجها) إذا كانت حاملا فإن عدتها تنتهي بوضع حملها ولو بلحظات بعد الطلاق والفراق لقوله تعالى : " وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن " .[2]

والحمل الذي تنقضي به العدة ماتبين منه شيء من خلق الإنسان أما إلقاء مضغة لاصورة فيها ولم تشهد القوابل بأنها مبتدأ خلق آدمي فلا تنقضي به العدة .[3]

أما المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا فإن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى إنقضاء عدتها بوضع الحمل [4] وذهب بعض الفقهاء منهم الجعفرية إلى أنها تعتد بأبعد الأجلين [5] ومعنى ذلك أنه بعد وفاة الزوج ينظر فإذا كانت مدة الحمل أكثر فعدتها تنتهي بوضع الحمل، أما إذا كانت مدة أربعة أشهر وعشرة أيام هي الأكثر فعدتها تنتهي بمضي هذه المدة

---

(١) ينظر : إبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٩/ ٩٣ ، والمحقق الحلي ، شرائع الإسلام : ٣٤/٣ .

(٢) سورة الطلاق : آية ٤ .

(٣) إبن قدامة المقدسي :٩/ ١١٣-١١٤ ، وأبو إسحاق الشيرازي ، المهذب : ١٤٢/٢ .

(٤) المصدرين السابقين الإشارة نفسها ، والكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ١٤٠/٤ ، ويحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين : ص١٥١٩ .

(٥) ينظر : المحقق الحلي ، شرائع الإسلام : ٣/ ٣٨ ، وينسب هذا الرأي إلى علي بن أبي طالب وإبن عباس ، ينظر : أبو الحسن الماوردي ، الحاوي الكبير : ٢٣٥/١١ ، وإبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ١١٠/٩ .

وأخــذ قــانون الأحوال الشخصية بالرأي القائل بأبعد الأجلين وقد نصت على أكثر الأحكام السابقة الفقرات الثلاث الأول من المادة الثامنة والأربعين وكما يأتي :-

١. عدة الطلاق والفسخ للمدخول بها ثلاثة قروء .
٢. إذا بلغت المرأة ولم تحض أصلا فعدة الطلاق أو التفريق في حقها ثلاثة أشهر كاملة .
٣. عــدة المــتوفى عــنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام للحائل أما الحامل فتعتد بأبعد الأجلين من وضع الحمل والمدة المذكورة .

الفرع الثاني
تحول العدة من نوع إلى نوع آخر

إتضــح ممــا تقــدم أن العدة قد تكون بالإقراء وقد تكون بالأشهر وقد تكون بوضع الحمل ولكن قد يحدث من الأمر مايحول العدة من نوع إلى نوع آخر وكما يأتي :

١. إذا كانت الزوجة المطلقة ممن لم تحض أو كانت آيسة فبدأت عدتها بالأشهر ثم حاضت أثناء العدة فإنها تبدأ العدة بالإقراء ولا تحتسب المدة الماضية [1] ذلك لأن الأصل هو الإعتداد بالقروء والعدة بالأشهر خلف عنها .
٢. إذا كانت المعتدة من ذوات القرء ثم صارت من الآيسات قبل إنتهاء القروء الثلاثة فإن الفقهاء إختلفوا :

ذهب الحنفية إلى أنها تعتد ثلاثة أشهر بعد بلوغها سن اليأس [2] ، وذهب المالكية إلى أنها تعتد تسعة أشهر فإن لم تحض فيها إعتدت بعدها ثلاثة أشهر[3] ، وذهب الجعفرية إلى أنها تستأنف العدة بثلاثة أشهر .[4]

---

(١) ابو الليث السمرقندي ، خزانة الفقه وعيون المسائل ، المصدر السابق : ص ١٨١ .
(٢) المصدر السابق : ص ١٧٨ .
(٣) إبن جزي ، القوانين الفقهية .. المصدر السابق : ص ٢٤٠-٢٤١ .
(٤) ابوالقاسم الخوئي ، المسائل المنتخبة : ص ٢٦١ ، نقلا عن الدكتور أحمد علي وآخرون ، شرح قانون الأحوال الشخصية : ص ١٨٩ .

٣. إذا كانت المرأة مطلقة طلاقا رجعيا ومات زوجها وهي في أثناء العدة فإن عدة الطلاق تتحول إلى عدة الوفاة فتعتد أربعة اشهر وعشرة أيام ولاتحتسب مدة ماقبل الوفاة [١] ، وهذا مانصت عليه الفقرة الرابعة من المادة الثامنة والأربعين وكالآتي .

٤. " إذا مات زوج المطلقة وهي في العدة فتعتد عدة الوفاة ولا تحتسب المدة الماضية " .

المبحث الثاني
وقت بدء العدة والنفقة في أثنائها والغاية من تشريع العدة

المطلب الأول
وقت بدء العدة والنفقة فيها

أولا : وقت بدء العدة :

تبدأ عدة المفارقة بطلاق أو فسخ أو موت مباشرة ولايشترط علم المرأة بالطلاق أو الموت [٢] فإذا طلق الزوج زوجته وهي ممن تعتد ثلاثة أشهر فمضت المدة ثم علمت بالطلاق فإن عدتها تكون قد إنقضت .

ونصت على هذا الحكم المادة التاسعة والأربعون كالآتي :-

" تبتدئ العدة فورا بعد الطلاق أو التفريق أو الموت ولو لم تعلم المرأة بالطلاق أو الموت " .

ثانيا :نفقة العدة :

لاخلاف بين الفقهاء في وجوب النفقة للمعتدة في الحالات الآتية .

١. إذا كانت المرأة معتدة من طلاق رجعي .

٢. إذا كانت المرأة معتدة من طلاق بائن وكانت حاملا .[٣]

---

(١) أبوالليث السمرقندي ، خزانة الفقه وعيون المسائل : ص ١٧٩ .

(٢) الكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ٤/ ١٥٤ .

(٣) إبن جزي ، القوانين الفقهية : ص٢٤٤ ، والكاساني ، بدائع الصنائع : ٣/٣٣٢ ، والشربيني مغني المحتاج : ٣/٤٤٠ ، وإبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٩/٢٨٩ .

لقوله تعالى : " وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن " .[1]

وإختلف الفقهاء فيما عدا ذلك .

- فإذا كانت المرأة معتدة من طلاق بائن ولم تكن حاملا فقد ذهب الحنابلة إلى أنه لا نفقة لها ولاسكنى[2]، وذهب المالكية والشافعية إلى أن لها السكنى دون النفقة [3] ، لقوله تعالى : " أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجدكم " [4]، وذهب الحنفية إلى أن لها النفقة والسكنى .[5]
- إذا كانت المرأة معتدة من الوفاة فإن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أنه لا نفقة لها ولاسكنى ، وذهب المالكية إلى أن لها السكنى إذا كان المسكن مملوكا للزوج أو مستأجرا وقد دفع أجرته قبل الوفاة .

وأخذ قانون الأحوال الشخصية برأي الحنفية فنصت المادة الخمسون على ما يأتي :

" تجب نفقة العدة للمطلقة على زوجها الحي ولو كانت ناشزا ولا نفقة لعدة الوفاة " .

وطبقا لهذا النص فإن المطلقة تستحق نفقة العدة حاملا كانت أو حائلا رجعيا كان الطلاق أو بائنا كما أن المعتدة من الوفاة لا تستحق النفقة حاملا كانت أو حائلا .

وتجب الإشارة إلى أنه صدر قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٢ ، بموجبه يحق للمرأة المطلقة أن تبقى ساكنة في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها مع زوجها بصورة مستقلة إذا كانت هذه الدار أو الشقة مملوكة للزوج كلا أو جزءا أو كانت مستأجرة من قبله غير أنها تحرم من هذا الحق في الحالات التالية :

١. إذا كان سبب الطلاق أو التفريق خيانتها الزوجية أو نشوزها .
٢. إذا كانت تملك على وجه الإستقلال دارا أو شقة سكنية .
٣. إذا رضيت بالطلاق أو التفريق .
٤. إذا حصل التفريق نتيجة المخالعة .

---

(١) سورة الطلاق : آية ٦ .

(٢) يونس البهوتي ، كشاف القناع : ٣٠١/٣ .

(٣) إبن جزي ، القوانين الفقهية : ص٢٤٤ ، وأبو إسحاق الشيرزاي ، المهذب : ١٦٤/٢ .

(٤) سورة الطلاق : آية ٦ .

(٥) الكاساني ، بدائع الصنائع : ٣٣٢/٣ .

المطلب الثاني

الغاية من تشريع العدة

ذهب الفقهاء إلى أن العدة شرعت للتأكد من براءة رحم المرأة من الحمل [1] فعلى المرأة التي فارقت زوجها بطلاق أو تفريق أو موت أن تنتظر مدة محددة لاتتزوج فيها ، إذ أن زواجها مباشرة بعد الفرقة يؤدي إلى إختلاط الأنساب إذ قد تكون حاملا من الزوج الأول ويدخل بها الثاني ويظن أن الحمل منه ، أو تحمل من الزوج الثاني ويظن الزوج الأول أن الحمل منه فيؤدي إلى ضياع نسب الطفل والخصومة بين الزوجين .

واضافة إلى ذلك فقد ذكروا أن وجوب العدة يهدف إلى :

١. إتاحة الفرصة للزوج بإعادة زوجته المطلقة طلاقا رجعيا إلى عصمته بدون حاجة إلى عقد جديد ومهر جديد .
٢. الحداد على الزوج وإبداء الأسف على إنتهاء العلاقة الزوجية بموت الزوج وفي ذلك إظهار للتقدير والإحترام للزواج المنتهي . [2]

والذي نراه أن العدة لو كانت قد وجبت من أجل التأكد من براءة رحم المرأة من الحمل فإن من الممكن القول بأن وظيفتها تكون قد إنتهت أو قاربت على الإنتهاء ، لأن بإمكان الطب في الوقت الحاضر أن يؤكد لنا وجود الحمل وعدمه ، ومادامت العدة ثبتت بنصوص صريحة قاطعة فإن القول بتوقفها لايصح ، لأن الأحكام الثابتة بمثل تلك النصوص لابد من أن تدوم ، وإضافة إلى ذلك فإن العدة تجب على الصغيرة واليائسة فلو كانت قد وجبت للتأكد من براءة الرحم لما كانت قد وجبت عليهما لأن الحمل لايتصور من الصغيرة واليائسة .

وإذا قلنا أنها وجبت حدادا على الزوج أو الزواج فلماذا لم تجب على الزوج حينما تتوفى زوجته ؟

---

(١) المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي : ٢/ ٢٨-٣٢ ، وأبو إسحاق الشيرازي ، المهذب : ١٤٢/٢ ، وإبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٩/ ٧٦ .

(٢) المرغيناني ، الهداية : ٣١/٢ .

كما أنه ليس من الدقة القول بأنها وجبت لتكون فرصة للزوج لإستعادة زوجته إلى عصمته لأن العدة لاتجب بعد الطلاق الرجعي فحسب ، بل تجب بعد الطلاق البائن بنوعيه البينونة الكبرى والبينونة الصغرى ، وبعد الوفاة ، ومعلوم أن الزوج لايستطيع إستعادة زوجته بعد الطلاق البائن .

وإذا لم تكن الغاية هذة ولاتلك فما هي ؟

الجواب أن العدة وجبت لتؤدي وظيفة في غاية الأهمية وهي أن الله تعالى جعلها علامة مميزة وحاجزا منيعا بين عقد الزواج والدعارة ، فلولا العدة لكان بإمكان المرأة أن تتزوج في اليوم الواحد أكثر من مرة لو أرادت ذلك ، وحينئذ كان يتصور إختلاط الأنساب فضلا عن الأمراض والعلل التي تجرها تلك الزيجات المتتالية المتعاقبة إلى المجتمع .

فهذه في نظرنا هي الغاية الأساسية والمقصودة بالذات أما ما ذكره الفقهاء من الوظائف فهي مقصودة بالتبع لا بالذات .

ولقد كان من حق الفقهاء أن يفسروا الغاية من تشريع العدة على النحو الذي ذكروه لسببين :

١. إن بعض الآيات التي أوجبت العدة أكدت بوضوح على أن الحمل هو موضع إعتبار في تشريع العدة .
٢. كانت العدة في زمانهم السبيل الوحيد للتأكد من وجود الحمل وعدمه لأن الطب في عصرهم لم يكن قد وصل إلى درجة يكشف عن وجود الحمل وعدمه لدى المرأة المفارقة لزوجها .

الباب السادس

الولادة ونتائجها



الفصل الأول

في النسب



إن رابطة الدم هي أقوى الروابط التي تجمع بين شخصين أو عدة أشخاص ، والنسب هو عنوان هذه الرابطة والعلامة الدالة عليها ، وهذه الرابطة هي أساس الأسرة ، والأسرة هي الأساس في بناء المجتمع ، ونظرا لهذه الأهمية فقد أصبح النسب موضع عناية بالغة من قبل الشريعة الإسلامية ، فقد أقرته وتولت حمايته بإبطال التبني ونهت الآباء عن إنكار نسب أولادهم كما أن حماية النسب غاية معتبرة في تحريم جريمة الزنا وفي وجوب العدة .

ولما تقدم فقد كان النسب موضع عناية المشرع العراقي فقد خصص له أربع مواد في القانون إبتداء بالمادة الحادية والخمسين وإنتهاء بالمادة الرابعة والخمسين .

وسنتكلم عن ثبوت النسب على النحو الآتي :-

١. ثبوت النسب بالزواج (الفراش) .
٢. ثبوت النسب بالإقرار .
٣. ثبوت النسب بالبينة .
٤. أحكام اللقيط والتبني .

المبحث الأول

ثبوت النسب بالفراش (قيام الزوجية)

يقصد بالفراش : تعين المرأة للولادة لشخص واحد .(١)

وهذا ما يتحقق بالزوجية .

ويثبت النسب بالزواج الصحيح بالشروط التالية :-

١- أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل والتي هي ستة أشهر .

أجمع الفقهاء على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ولقد إستنبطوا هذه المدة بالمقارنة بين آيتين هما :

قوله تعالى " ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا " .(٢)

وقوله تعالى " ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين " .(٣)

فحددت الآية الأولى مجموع مدة الحمل والفطام بسنتين ، أي أربعة وعشرين شهرا ، وحددت الثانية مدة الفطام بسنتين أي أربعة وعشرين شهرا ، فتبقى مدة الحمل ستة أشهر .

ولقد إختلف الفقهاء في المدة المذكورة هل تحسب إعتبارا من تأريخ العقد أم من تأريخ الدخول بعد العقد ، فذهب بعضهم كأبي حنيفة إلى أنها تحسب إعتبارا من تأريخ العقد (٤)، وذهب جمهور الفقهاء إلى أنها تحسب إعتبارا من تأريخ الدخول بعد العقد(٥)، وقد أخذ القانون بالرأي الأول في المادة الحادية والخمسين .

---

(١) الزيلعي ، تبيين الحقائق : ٤٣/٣

(٢) سورة الاحقاف : آية ١٥ .

(٣) سورة لقمان : آية ١٤ .

(٤) الحصكفي ، الدر المختار : ٨٥٧/٢ .

(٥) أبو إسحاق الشيرازي ، المهذب : ١٢٠/٢ ، ويونس البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، المصدر السابق : ٣/ ٢١٢ ، ومحمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، المصدر السابق : ص ٤٥٣ .

وأما أقصى مدة الحمل فقد تباينت فيها آراء الفقهاء نظرا لعدم ورود نص بشأنها، فحددها بعضهم كالظاهرية والجعفرية بتسعة أشهر ، وبعض المالكية بسنة ، والحنفية بسنتين ، والشافعية والحنابلة بأربع سنوات [1] ، والمعمول به في القضاء أن أقصى مدة الحمل سنة . [2]

وتأسيسا على الشرط الذي ورد أن الزوجة إذا ولدت أثناء قيام الزوجية لأقل من ستة أشهر من تأريخ العقد فلا يثبت نسب الولد من زوجها ، إلا إذا إدعاه الزوج بأنه إبنه ولم يقر أنه إبنه من الزنا ، وحينئذ يحمل الأمر على أنه دخل بها بناء على عقد غير معلن حفاظا على نسب الطفل وحملا لحال الناس على الصلاح . [3]

أما إذا جاءت بالولد بعد مضي ستة أشهر ، فإن النسب يثبت لزوجها أقر به الزوج أو سكت ، وليس له أن ينفيه إلا بشرطين :-

أولهما : أن لا يكون قد صدر من الزوج إقرار سابق بنسبة الولد إليه ولو كان الإقرار ضمنيا .

ثانيهما : أن يلاعن زوجته .

وكما يثبت النسب بالزواج الصحيح فإنه يثبت بالدخول في الزواج الفاسد .

ولابد من الإشارة إلى أن الولد لا ينسب إلى الزوج في عقد الزواج إذا ثبت أن الزوج عقيم ، وكذلك لا يثبت النسب إذا إدعت الزوجة أنها وضعت ولدا ونسبته إلى الزوج في حين ثبت أنها مصابة بالعقم أو أنها مزالة الرحم .

---

(١) ينظر : إبن حزم الأندلسي ، المحلى : ٣١٦/١٠ ، وجعفر بن الحسن الحلي ، المختصر النافع : ص ١٩٢، وأبو إسحاق الشيرازي ، المهذب : ١٢١/٢، ويونس البهوتي ، شرح منتهى الإرادات : ٢١٢/٣، والكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ١٨٠/٤ ، والدكتور عبدالرحمان الصابوني ، شرح قانون لأحوال الشخصية السوري : ١٦٤/٢ .

(٢) جمعة سعدون الربيعي ، المرشد الى الدعاوى الشرعية : ص١٧١ ، ويقول الدكتور أحمد الكبيسي ، بأن العمل يجري على مذهب أبي حنيفة ، أنظر له الوجيز ، المصدر السابق : ص ١٩٨ .

(٣) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص٥٦٧-٥٦٨ .

٢- أن يكون التلاقى بين الزوجين ممكنا .

يقصد بالتلاقي هنا أمران :-

أحدهما : أن يكون الإتصال البدني قد حصل بين الزوجين أو كان ذلك ممكنا ، فلو تم عقد الزواج بطريق الوكالة بأن كان الزوجة في بلد آخر بعيد ، فإن النسب لا يثبت للزوج فيما إذا جاءت الزوجة بولد .

وهذا مذهب جمهور الفقهاء وبه أخذ القانون وذهب الحنفية إلى أن مجرد العقد يكفي لثبوت النسب بقطع النظر عن إمكان الإتصال بين الزوجين أو عدم إمكانه .

ثانيهما : أن يكون الزوج قادرا على مقاربة زوجته ، فإذا كان صغيرا أو مصابا بالعنة أو أي مرض آخر يمنعه من الإتصال بزوجته فإن النسب لا يثبت .

٣- أن لا يمضي على الطلاق والتفريق أقصى مدة الحمل .(١)

وقد نصت على الشرطين الأول والثاني المادة الحادية والخمسون ونصها :

" ينسب ولد كل زوجة إلى زوجها بالشرطين التاليين :

١. أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل .

٢. أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكنا " .

المبحث الثاني

ثبوت النسب بالإقرار

الإقرار بوجه عام هو إخبار الشخص بحق عليه للغير .

والإقرار في موضوع النسب هو إخبار بوجود صلة القرابة بين المقر والمقر له .(٢)

والقاعدة المقررة في الفقه أن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره إلا إذا صدقه ذلك الغير أو قام الدليل على صحة ذلك الإقرار .(٣)

---

(١) الدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز : ص ١٩٩، وقد حدد في هذا الشرط أقصى مدة الحمل بسنتين .

(٢) عبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص١١٨ ، وعلى بن محمد الجرجاني ، التعريفات : ص ٢٥ .

(٣) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٥٨٤ .

والإقرار نوعان : —

النوع الأول : إقرار بتحميل النسب على المقر .

وذلك كأن يقول شخص لآخر: إنه إبني أو يقول شخص لآخر: إنه أبي ويثبت النسب بهذا الإقرار إذا توافرت الشروط التالية .

١. أن يكون المقر بالغا عاقلا مختارا فلا يثبت النسب بإقرار الصبي والمجنون والمكره .
٢. أن يكون المقر له مجهول النسب ، أما إذا كان معلوم النسب فلا يثبت .
٣. أن يولد مثل المقرله للمقر ، بأن يكون هنالك تفاوت في السن ، بحيث يمكن أن يولد مثل المقر له للمقر، أما إذا كانا متساويين في السن أو متقاربين فلا يثبت النسب .
٤. أن يصدق المقرله بنسب المقر في هذا الإقرار متى كان المقر له بالغا عاقلا أو مميزا أما إذا كان صغيرا غير مميز أو فاقدا الأهلية ثبت النسب بالإقرار من غير حاجة إلى تصديقه .

فإذا توفرت هذه الشروط ولم يكن الإقرار بالبنوة أو الأبوة على أساس الزنى ثبت جميع الحقوق والواجبات بين الشخصين المقر والمقر له .

ولا ينحصر الإقرار هنا في اقرار الرجل بكون فلان إبنه بل قد يكون المقر إمرأة غير متزوجة تقر بكون فلان إبنها ، فإن نسب المقرله يثبت منها إذا توفرت الشروط المذكورة ولم تكن للمقر له أم معروفة .[1]

أما إذا كان المقر إمرأة متزوجة ، أو معتدة وأقرت بكون فلان إبنها ، فإن ثبوت نسب المقرله يتوقف على الشروط المذكورة وتصديق زوجها ، لأن تحميل النسب هنا يكون على غير المقر .

وتجب الإشارة إلى أن القانون لم يمنع سريان آثار الإقرار بالبنوة فيما لو كان المقر في مرض الموت ، طالما توفرت الشروط المذكورة .

وقد نصت على أكثر الأحكام السابقة المادة الثانية والخمسون وكما يلي .

---

(١) هذا مذهب الحنفية ، وذهب المالكية إلى أن الولد إنما ينسب إلى أبيه ولاينسب إلى الأم ، أنظر :زكي الدين شعبان ، المصدر السابق : ص ٥٨٩ ، والدكتور أحمد الكبيسي ،المصدر السابق : ص ٢٠١ ، والدكتور عبدالرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري : ١٧٩/٢

١- الإقرار بالبنوة ، ولو في مرض الموت ، لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له إذا كان يولد مثله لمثله .

٢- إذا كان المقر إمرأة متزوجة أو معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بتصديقه أو بالبينة " .

ونفس الشروط المذكورة مطلوبة فيما إذا جاء الإقرار من الولد بكون رجل من الناس أباه ، أو بكون إمرأة من الناس أمه ، وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة والخمسون كالآتي :

" إقرار مجهول النسب بالأبوة أو بالأمومة يثبت به النسب إذا صدق المقر له وكان يولد مثله لمثله " .

النوع الثاني : تحميل النسب على غير المقر .

وذلك كأن يقر شخص لآخر أنه أخوه أو عمه أو إبن إبنه ففي الأول تحميل للنسب على أب المقر وفي الثاني على جد المقر وفي الثالث على إبن المقر .

والنسب في هذه الأحوال لا يثبت إلا إذا صدقه المقر عليه إن كان حيا ، أو الورثة إن كان المقر عليه ميتا ، أو البينة على صحة الإقرار .

وبما أن الإقرار حجة قاصرة على المقر فإنه إذا أقر شخص لآخر بأنه أخوه ، ولم يصدقه والد المقر ولم يكن للمقر بينة ، فإن المقر له يعامل بإقراره ولا يسرى إقراره في حق غيره بل في حق نفسه فقط ، فإذا كان المقر موسرا ، والمقر له فقيرا عاجزا عن الكسب فرضت عليه نفقة الأخ على أخيه ، وإذا مات أبو المقر بالأخوة وترك أولادا منهم هذا المقر ولم يصدقه واحد منهم في إقراره فإن المقرله لايرثه ، ولكنه يشارك المقر فيما يرثه من تركة أبيه إما مناصفة أو للذكر مثل حظ الأنثيين .[1]

وإذا كان المقر إمرأة متزوجة أقرت ببنوة شخص لها ولزوجها ، فإن نسب الولد من الزوج لا يثبت إلا بتصديقه .

---

(١) زكي الدين شعبان ،الأحكام الشرعية الأحوال الشخصية : ص٥٩٠،وإبراهيم عبدالرحمان إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية : ص ٣١٩-٣٢٠ ، وعبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص١٢٠ ، والدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية : ص ٢٠٢-٢٠٣ .

وقد نصت على بعض الأحكام السابقة المادة الرابعة والخمسون وكالآتي .
" الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسرى على غير المقر إلا بتصديقه " .
والمفهوم المخالف لعبارة (لايسري على غير المقر) هو أن الإقرار يسري على المقر نفسه .

المبحث الثالث

ثبوت النسب بالبينة

يثبت النسب بشهادة رجلين أو رجل وإمرأتين عند الحنفية وتجوز الشهادة بالتسامع ، ومعنى ذلك أنه يكفي لإثبات البنوة أن يشهد الشهود بأن المشهود والمستفيض بين الناس أن فلانا هو إبن فلان ولا يشترط أن يكون الشاهد قد حضر عقد نكاح الأب على زوجته أو أنه حضر زفاف الزوجة لزوجها .

ويمكن لإثبات النسب الإستناد إلى الرسائل الشخصية المتبادلة بين الرجل والمرأة ، أو المذكرات المكتوبة أو أية وثيقة يمكن أن تستخلص منها المحكمة دليلا أو قرينة مقنعة على ثبوت النسب .[١]

هذا ويصح إقامة دعوى النسب مجردة وليس ضمن المال كما يجوز إثبات نسب الطفل من أبيه ضمن دعوى النفقة التي تقام من قبل الزوجة على زوجها ، وكذلك يجوز إثبات نسب الطفل من أبيه ضمن دعوى الحضانة دون حاجة لتكليف المدعي بإقامة دعوى إثبات نسب الطفل من أبيه .[٢]

---

(١) عبدالقادر إبراهيم ، المصدر السابق : ص ١٢١ .

(٢) جمعة سعدون الربيعي ، المرشد الى الدعاوى الشرعية : ص١٧٠ .

المبحث الرابع

أحكام اللقيط و التبني

لم يتعرض قانون الأحوال الشخصية إلى ذكر اللقيط أو بيان شئ من أحكامه لذا نذكر بإيجاز أهم الأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي .

واللقيط هو المولود الذي طرحه أهله خوفا من الفقر ، أو فرارا من تهمة الزنا ، أو لأي سبب آخر .[1]

يكون إلتقاطه فرض عين إذا وجد في مكان يغلب على الظن هلاكه فيه ، والملتقط أحق بإمساك اللقيط ، والولاية على نفس الملتقط وماله تكون للقاضي وليس للملتقط إلا ولاية الحفظ .

وإذا كان مع اللقيط مال حين إلتقاطه ينفق منه الملتقط عليه بإذن القاضي ، فإن أنفق بدون إذن القاضي عد متبرعا .

وإن لم يوجد مع الملتقط مال ولم يوجد من يتبرع بالإنفاق عليه ، كانت نفقته واجبة في بيت المال بقدر حاجته .

وإذا إدعى الملتقط نسبه فإن المالكية ذهبوا إلى أنه يجب عليه أن يأتي بالبينة أو بوجه يدل على صدقه ، كأن يدعي أنه طرح ولده لغلاء أو لعجز عن حمله في سفر أو نحو ذلك .

وذهب الحنفية إلى أن نسب اللقيط يثبت ممن إدعاه بمجرد إدعائه لأنه مجهول النسب وفي إلحاقه به مصلحة له ، وإذا إدعاه إثنان قدم منها من أقام البينة على ذلك فإن لم يقم أحدهما البينة قدم الملتقط إذا كان واحدا منهما ، وإلا قدم أسبقهما دعوى ، فإن لم يسبق أحدهما الآخر قدم من يصفه بعلامة مميزة ، فإن إستويا في جميع الوجوه ثبت نسبه منهما خوفا من ضياعه وحرصا على صيانته وحفظه ، هذا عند الحنفية وذهب الشافعي وأحمد بن حنبل إلى أنه لا يثبت نسبه من كل منهما بل يرجع إلى القائف

---

(١) زكي الدين شعبان ، المصدر السابق ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص٥٩٥ .

وما يحكم به القائف يلحق به ، وذهب بعض الفقهاء إلى أنه إذا تساوى المدعيان من كل الوجوه أقـــرع بينهما .[1]

وإذا ثبت نسب اللقيط ممن إدعاه يكون إبنا شرعيا لمدعيه ويكون لكل منهما على الآخر ما للأب على إبنه وما للإبن على أبيه لأنه مجهول النسب، وهذه الدعوى إقرار بنسبه .[2]

التبني :

التبني هو أن يدعي الرجل أو المرأة بنوة ولد معروف النسب .

ولا يثبت بالتبني نسب ولا أي حق من الحقوق المترتبة على النسب [3] ولقد أبطل الإسلام التبني ، يقول تعالى : " وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ، أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم " .[4]

ويفترق التبني عن الإقرار بالنسب في أن التبني منشيء للنسب أما الإقرار بالنسب فهو كاشف له ، ويظهر ذلك في أن الإقرار لا يثبت به نسب طفل إلا إذا كان مجهول النسب ، أما التبني فيرد على معلوم النسب وفي هذا قلب للحقائق وهو غير جائز .

الضم :

نظم قانون رعاية الأحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ أحكام الضم في المواد ٣٩ — ٤٦ ، نذكر فيما يأتي خلاصة لها :

يحق للزوجين أن يتقدما بطلب مشترك إلى محكمة الأحداث لضم صغير يتيم الأبوين أو مجهول النسب وتصدر المحكمة قرارها بالضم شريطة أن يكون الزوجان عراقيين ، عاقلين ، معروفين بحسن السيرة ، سالمين من الأمراض المعدية ، قادرين على إعالة الصغير وتربيته ، ويتوفر فيهما حسن النية .

---

(١) المصدر السابق : ص ٥٩٧ ، والدكتور إبراهيم عبدالرحمان إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية : ص٣٢٥-٣٢٦ ، والدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز : ص ٢٠٤-٢٠٦ .

(٢) الدكتور إبراهيم عبدالرحمان إبراهيم ، المصدر السابق : ص ٣٢٦ .

(٣) المصدر نفسه .

(٤) سورة الأحزاب : آية ٤-٥ .

يكون صدور القرار من قبل المحكمة باديء الأمر بصورة مؤقتة ولفترة تجريبية أمدها ستة أشهر قابلة للتمديد ستة أشهر أخرى ، ترسل المحكمة خلال تلك الفترة باحثا إجتماعيا إلى دار الزوجين مرة واحدة في الأقل كل شهر للتحقق من رغبة الزوجين في ضم الصغير ومن رعايتهما له، ويقدم بذلك تقريرا مفصلا إلى المحكمة .

وعلى المحكمة إلغاء قرار الضم إذا عدل الزوجان أو أحدهما عن رغبته في ضم الصغير ، أو تبين للمحكمة أن مصلحة الصغير غير متحققة في ذلك وإذا ثبت للمحكمة أن مصلحة الصغير غير متحققة في الضم بعد مضي مدة التجربة تصدر قرارها بالضم ويترتب على الضم ما يأتي .

١. الإنفاق على الصغير .
٢. الإيصاء للصغير بما يساوي حصة أقل وارث على أن لا تتجاوز ثلث التركة وتكون واجبة لا يجوز الرجوع عنها .

وما يعنينا هنا بالدرجة الأساس هو أن هذا القانون في المادة الرابعة والأربعين منه أجاز الإقرار بنسب الصغير (إذا كان مجهول النسب) أمام محكمة الأحداث وفق قانون الأحوال الشخصية .

ويشترط في هذا الإقرار ما إشترطه فيه قانون الأحوال الشخصية ، وبما أن القانون قيد صحة الإقرار بما تم منه لمجهول النسب فإن المفهوم المخالف للنص أنه لا يجوز الإقرار بمعلوم النسب وهذا يعني عدم جواز التبني في القانون العراقي .

الفصل الثاني
الرضاع و الحضانة



تترتب على الولادة أثر عقد الزواج حقوق للصغير على أبويه كرضاعه وحضانته والإنفاق عليه .

وسنتكلم على هذه الحقوق فيما يأتي :

المبحث الأول

الرضاع

أولا : تعريفه :

الرضاع هو إمتصاص الرضيع اللبن من ثدي المرأة في مدة معينة .

ثانيا : حكم الإرضاع على الأم :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الإرضاع واجب على الأم ديانة غير أنها لا تجبر على ذلك قضاء [1] سواء كانت في عصمة زوجها أم مطلقة ، وإذا رفضت إرضاع طفلها فعلى الأب إستئجار مرضع له .

وإستثنوا من ذلك بعض الحالات التي تجبر فيها الأم على الإرضاع وهي :

١. إذا لم يقبل الطفل بالرضاع من غير أمه .
٢. إذا لم يكن للصغير ولا للأب مال يستطيع به إستئجار مرضع ولم يوجد من تتبرع بذلك .
٣. إذا لم يوجد من يرضع الطفل لابأجر و لا بدون أجر [2] .

---

(١) ينظر:كمال بن الهمام ، شرح فتح القدير : ٤/٢١٨-٢١٩،و أبو اسحاق الشيرازي ، المهذب : ١٦٧/٢ ، وإبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٣١٢/٩ ، وجعفر بن الحسن الحلي ، المختصر النافع : ص ١٩٤ .

(٢) أبوبكر بن العربي ، أحكام القرآن : ٢٠٦/١ ، وزكى الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص٦٠١-٦٠٢ ، وأحمد محمود الشافعي ، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية : ص١٦٩ .

و ذهب بعض الفقهاء منهم المالكية والظاهرية إلى أنه يجب على الأم إرضاع طفلها ديانة وقضاء وتجبرعلى ذلك مادامت في عصمة زوجها أو معتدة من طلاق رجعي [١]، وذلك عملا بقوله تعالى " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ".[٢]

وأخـذ قـانون الأحـوال الشخصـية بـرأي المالكية و الظاهرية فقد نصت المادة الخامسـة و الخمسون على مايأتي : " على الأم إرضاع ولدها إلا في الحالات المرضية التي تمنعها من ذلك "

فبموجـب هـذا الـنص يجب على الأم إرضاع ولدها إلا إذا أضر الرضاع بها أوبه وعلى الأب حينئذ أن يستأجر مرضعا له .

أجرة الرضاع :

إذا كان للرضيع مال كانت نفقة الرضاع من ماله [٣] وإذا لم يكن له مال فإنه لاخلاف بين الفقهاء في أن أجرة الرضاع على الأب إذا كانت المرضع أجنبية أو تولت الأم إرضاعه بعد إنقطاع الرابطة الزوجية بينها وبين والد الرضيع [٤] ، وذلك عملا بقوله تعالى : " وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن " [٥] ، ولكن الفقهاء إختلفوا في أجرة المرضع إذا كانت المرضع هي الأم كانت الزوجية قائمة حقيقة أو حكما ، فذهب الجمهور إلى أنها لا تستحق الأجرة لأنها إذا كانت زوجة حقيقة فلها نفقتها، وإذا كانت زوجة حكما فإن لها النفقة في أثناء عدتها و نفقة الرضيع تدخل ضمن نفقتها فلا تستحق [٦] .

---

(١) أبوبكر بن العربي ،أحكام القرآن : ٢٠٦/١ ، وابن حزم الأندلسي ، المحلى : ٣٣٥/١٠ ، وزكي الدين شعبان ، الأحكام قانون الأحوال الشخصية : ص٦٠٠ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

(٣) السمناني ، روضة القضاة : ١٠٥٦/٣ .

(٤) ينظر : كمال الدين بن الهمام ، شرح فتح القدير : ٣٤٥/٣ .

(٥) سورة الطلاق : آية ٦ .

(٦) ينظر : السمناني ، المصدر والإشارة السابقة ، وأبو إسحاق الشيرازي ، المهذب : ١٦٨/٢ ، والدكتور أحمد علي و آخرون ، شرح قانون الأحوال الشخصية : ٢١٢-٢١٣ .

وذهب بعض الفقهاء إلى أنها تستحق الأجرة في كل الأحوال [1] وبهذا الرأي أخذ قانون الأحوال الشخصية فقد نصت المادة السادسة والخمسون على ما يأتي :

" أجرة رضاع الولد على المكلف بنفقته و يعتبر ذلك في مقابل غذائه " .

فقد أوجب هذا النص أجرة الرضاع على المكلف بنفقة الرضيع خلال مدة الرضاع دون التفرقة بين كون المرضع أما للرضيع أم أجنبية عنه وبين أن تكون زوجية الأم لأبيه قائمة أم منتهية .

المبحث الثاني

الحضانة

الحضانة هي الإلتزام بتربية الصغير و رعايته و القيام بشؤونه في سن معينة ممن له الحق في ذلك .

وقد خصص المشرع للحضانة مادة واحدة تضم تسع فقرات تنظم كل فقرة جانبا للحضانة نذكرها فيما يأتي :

صاحب الحق في الحضانة :-

ذهب بعض الفقهاء إلى أن الحضانة حق للحاضن و ذهب بعضهم إلى أنه حق للمحضون [2]، فعلى الرأي الأول يحق للحاضن أن يسقط حقه في الحضانة بعوض أو بغير عوض و على الرأي الثاني لا يجوز ذلك .

والرأي الراجح أن الحضانة حق للحاضن و المحضون معا غير أن حق المحضون مقدم عند التعارض و يظهر ذلك من الحكمين الآتيين :-

١. إذا خالعت الزوجة زوجها مقابل تنازلها عن حضانة الصغير كان الخلع صحيحا و الشرط باطلا عند الحنفية ، وعند المالكية يجوز لها التنازل عن حضانة صغيرها شريطة ألا يلحق الصغير ضرر من مفارقة أمه .

---

(١) إبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٣١٢/٩ ، والدكتور أحمد علي و آخرون ، المصدر والإشارة السابقة .

(٢) ينظر : محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٥٣٢/٢ .

٢. تجبر الحاضنة على الحضانة إذا لم يوجد غيرها أو وجد من يليها في إستحقاق الحضانة لكنه لم يرض بحضانة الصغير .[١]

وإلى هذا إتجهت محكمة التمييز فقد جاء في أحد قراراتها: " إن الصلح على الحضانة لا تملكه الأم إنما هو حق من حقوق الصغير لا يصح الصلح عنه " .[٢]

جمهور الفقهاء وإن لم يروا وجوب الحضانة على الأم وإجبارها على ذلك [٣] إلا أن حكمهم هذا يتقيد بما إذا لم يتضرر المحضون من ذلك ، أما إذا تضرر فتتعين الأم للحضانة على ماسبق ذكره ، ولعل ذهابهم إلى عدم إجبار الأم على الحضانة يرجع إلى أن أحقية الأم في الحضانة إنما تأتي لتوفر الشفقة عندها أكثر من غيرها والأم التي تمتنع عن حضانة صغيرها لا تتوفر لديها تلك الشفقة المطلوبة فلا تجبر على ما لاتريد حفاظا على مصلحة الصغير ، أو أنهم رأوا أن إمتناع الأم على الإرضاع لابد من أن يكون لعجزها عن ذلك .

ثم إن إمتناع الأم عن حضانة صغيرها أمر مستبعد ونادر الوقوع ، والنادر كالمعدوم حكما .

ولعل هذه الأسباب هي التي حالت دون أن يلزم المشرع العراقي الأم بحضانة صغيرها ، وما نص عليه القانون هو أن الأم أحق بحضانة الولد من غيرها ، فقد نصت الفقرة الأولى على ما يأتي " الأم أحق بحضانة الولد و تربيته حال الزوجية و بعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك ".

---

(١) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص٦١٣-٦١٤ .

(٢) القرار رقم ١٣٤ في ١٩٦٠/٣/٦ ، الدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز : ص ٣١٤ ، وجاء في كتاب المغني ، لإبن قدامة المقدسي : ٢٩٨/٩ ، " والحضانة إنما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه " .

(٣) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة : ٥٤١/١ ، وأيضا ، يحيى بن زكريا النووي ، روضة الطالبين : ص٥٢٩ ، و أبو الليث السمرقندي ، خزانة الفقه : ص١٦٥، ويونس البهوتي ، شرح منتهى الإرادات : ٢٦٣/٣ .

ويعني هذا النص أن الأم هي الأولى بحضانة الصغير من غيرها ، ولا فرق بين أن تكون الأم في عصمة زوجها الذي هو والد الصغير ، أو كانت مفترقة عنه ،غير أن هذه الأحقية معلقة بعدم تضرر المحضون ، كأن تكون مصابة بمرض كالجذام والبرص والجرب ونحوها .[1]

شروط إستحقاق الحضانة :-

نصت الفقرة الثانية على ما يأتي :

" يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون و صيانته ، ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم أو الأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون " .

إشترط القانون في الحاضنة لإستحقاق الحضانة ما يأتي :

١. أن تكون بالغة : فإذا لم تكن بالغة فهي تحتاج إلى الحضانة و الرعاية .
٢. أن تكون عاقلة : أما إذا كانت مجنونة أو معتوهة فهي أيضا ممن تحتاج إلى الرعاية وهذا فضلاً على ما يخشى على الصغير من خطورة تصرفاتهما عليه .

وهذا المنع يشمل أيضا من كان جنونها بصورة غير مستمرة .

٣. أن تكون أمينة : بأن لا تكون سيئة السلوك و الخلق بصورة يخشى على الصغير التأثر بها .
٤. أن تكون قادرة على تربية المحضون و صيانته .

فإذا كانت مصابة بمرض يمنعها من القيام بشؤون الصغير[2] ، وكذلك إذا كانت كبيرة في السن بحيث لا تستطيع القيام بشؤون المحضون ، أو كانت تحترف عملا يستغرق أكثر وقتها دون أن يكون لها من ينوب عنها في رعاية الصغير لحين عودتها من العمل ، وكذلك لا تكون الحاضنة قادرة على رعاية المحضون ومن ثم تسقط حضانتها إذا قضت

---

(١) من شروط الحاضن عند المالكية و الحنابلة ألا يكون مصابا بالجذام والبرص و إذا أصيب فإن حضانته تسقط ، ينظر: إبن جزي ، القوانين الفقهية ، المصدر السابق : ص٢٢٩ .

(٢) وذلك كمرض الفالج ، ينظر : يحيى بن زكريا النووي ، روضة الطالبين : ص ١٥٧٨ .

أكثر وقتها خارج البيت وتركت المحضون لدى الجيران .[1]

وقد ذكر الفقهاء شروطاً أخرى وهي :

٥. أن تخلو الحاضنة من الأمراض المعدية عادة كالجذام والبرص والجرب فهذه الأمراض وما يماثلها في الخطورة و السريان و النفور تسقط الحضانة ، وهذا الشرط إنفرد به المالكية والحنابلة [2] ، وذكر الشافعية السل والفالج .[3]

٦. ألا تقيم بالصغيرة في بيت من يبغضه ويضمر له الكراهية .[4]

٧. ألا تكون مرتدة .[5]

ولا يشترط إتحاد الدين بين الحاضنة و المحضون [6] أما كانت أو غيرها وسواء كانت كتابية أو غير كتابية ، و لا خلاف في هذا القدر بين الحنفية و المالكية ولكن الخلاف بينهم في مدة بقاء المحضون لدى الحاضنة غير المسلمة .

- فذهب الحنفية إلى أن المحضون يبقى لدى الحاضنة إلى أن يعقل الأديان و ذلك ببلوغه سن السابعة ، أو يخشى على دين المحضون ببقائه عندها إذا بدأت تعلمه أمور دينها أو تعلمه أمورا محرمة .

ففي هاتين الحالتين تسقط حضانة غير المسلمة .

---

(١) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص٦٢١ ، والدكتور عبدالرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري : ٢٢٥/٢ .

(٢) ينظر : إبن جزي ، القوانين الفقهية : ص ٢٢٩ ، ويونس البهوتي ، شرح منتهى الإرادات : ٢٦٧/٣ .

(٣) يحيى بن زكريا النووي ، المصدر السابق ، الإشارة نفسها .

(٤) زكي الدين شعبان ، المصدر السابق ، ص٦٢٤ .

(٥) الشيخ النظام ، الفتاوى الهندية : ٥٤١/١ .

(٦) كمال الدين بن الهمام ، شرح فتح القدير : ١٨٤/٤ ،وإبن حزم الأندلسي ، المحلى : ٣٢٣/١٠ ، والتسولي ، البهجة شرح التحفة : ٤٠٧/١ .

أما المالكية فقد ذهبوا إلى أن الحضانة مع الحاضنة غير المسلمة تستمر لحين إنتهاء مدة الحضانة شرعا .[1]

إنتقال الحضانة إلى الرجال :-

إذا لم يوجد من هو أهل للحضانة من الأبوين تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة أو حاضن أمين ، وإذا كان القائم بالحضانة رجلا فإنه يشترط فيه إضافة إلى الشروط المذكورة ما يأتي :

١. أن يتحد دينه مع دين المحضون .
٢. أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إذا كان المحضون أنثى .
٣. أن يكون عند الحاضن من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمة .[2]

أجرة الحضانة :

ذهب بعض الفقهاء إلى أن الحاضنة إذا كانت الأم فإنها تستحق الأجرة على الحضانة سواء كانت زوجة أو مفارقة لزوجها .[3]

---

(١) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص٦٢٤ .

(٢) الشرط الأول والثاني للحنفية ، ويوافق الحنيفة الحنابلة في الشرط الثاني ، والشرط الثالث للمالكية، ينظر:كمال الدين بن الهمام ، شرح فتح القدير : ١٨٤/٤، ويونس البهوتي ، شرح منتهى الإرادات : ٢٦٤/٣ ، وزكي الدين شعبان ، المصدر السابق : ص٦٢٥ .

(٣) وهذا مذهب الشافعية و الحنابلة وذهب المالكية إلى أن الحاضنة لا تستحق الأجرة أما كانت أم غيرها إلا إذا قامت الحاضنة بغسل ثياب المحضون وطبخ طعامه وكان المحضون عاجزا عن ذلك وعن إسداء أية خدمة للحاضنة حينئذ تستحق الحاضنة الأجرة على ذلك ، ينظر : يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين : ص١٥٧٨ ، ويونس البهوتي : ٢٦٣/٣ ، وزكي الدين شعبان ، المصدر السابق : ص٦٢٨.

وذهب الحنفية إلى أنها لا تستحق الأجرة فيما لو كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي ، أو معتدة من طلاق بائن على إحدى الروايتين عن أبي حنيفة .[1]

وخلاصة مذهب أبي حنيفة أنها لا تستحق الأجرة مادام الزوج ينفق عليها نفقة الزوجة أو نفقة العدة لأن أجرة الحضانة تندرج ضمن النفقة .

وقد أخذ القانون بمذهب الحنفية فلم يحكم بأجرة الحضانة للأم مادامت الزوجية قائمة أو كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي .

ومعنى ذلك أنه متى انقضت عدتها من الطلاق الرجعي فإنها تستحق الأجرة وحينئذ إذا اتفق الطرفان على أجرة الحضانة حكمت المحكمة بناء على هذا الإتفاق ، وإن إختلفا قدرتها المحكمة وفق الإجراءات المتخذة في نفقة الزوجة .

ويقضى بأجرة الحضانة إعتبارا من تأريخ الإدعاء قياسا على نفقة الولد وفق المادة ٦٣ من قانون الأحوال الشخصية .[2]

وتجوز زيادة أجرة الحضانة و تخفيضها تبعا لتبدل الإمكانيات المادية للملتزم بأجرة الحضانة .[3]

ومعلوم أن الأصل هو أن نفقة الإنسان من ماله وعليه فإذا كان للصغير مال فإن أجرة حضانته من ماله .

مدة الحضانة و تمديدها :

تبدأ الحضانة من حين الولادة وتنتهي بإستغناء المحضون عن خدمة الحاضنة وقدرته على القيام بحاجاته الضرورية كالطعام والشرب واللبس والنظافة .

---

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع : ٤٥٦/٣ .

(٢) عبدالقادر إبراهيم ، المصدر السابق : ص ١٣١ .

(٣) المصدر السابق : ص ١٣٩ .

والفقهاء مع إتفاقهم على وجوب بقاء الصغيرة مع أمه في الفترة الأولى من عمره ، إلا أنهم إختلفوا في تحديد هذه المدة و من ثم عودة الصغير إلى والده أو من يقوم مقامه على آراء [1] تنتهي أكثرها بسن البلوغ مع تفرقة بعضهم بين الذكر و الأنثى ، لكن القانون لم يفرق بين الذكر و الأنثى ، والحضانة بموجبه تنتهي فيه بأحد طريقين :

١. أن تنتهي مدة الحضانة عشر سنين فيعود المحضون إلى أبيه حتى يكمل الخامسة عشرة من العمر .
٢. أن تمدد مدة الحضانة عند أمه إلى خمس عشرة سنة كأقصى حد للتأجيل .

وفي الحالتين يخير المحضون عند إكماله الخامسة عشرة من العمر ، في الإقامة مع أبويه أو أحد أقاربه لحين إكماله الثامنة عشرة من العمر وحينئذ يصبح شخصا كامل الأهلية ولا ولاية لأحد عليه وله أن يستقل في إقامته مع من يشاء .

---

(١) قدرها بعض الحنفية بسبع سنوات و بعضهم بتسع سنوات و هذا للمحضون الذكر ، أما الأنثى فحددوها بتسع سنوات أو إحدى عشرة سنة وأناطها بعضهم بالبلوغ ، وبعد هذه المدة يعود الصغير إلى أبيه أو من يليه من العصبات المحارم ، وحددها الشافعية بسن التمييز وقدرها بعضهم بسبع سنوات دون تفرقة بين الذكر و الأنثى ، وبعد هذا السن يخيرالطفل بين والديه أو من يحل محلهما ، وحددها الحنابلة بسبع سنوات للذكر وتسع سنوات للأنثى كالحنفية ، وقالوا يخير الصغير و الصغيرة بين والديهما، وذهب المالكية إلى بقاء المحضون لدى أمه أو من يليها في الحضانة ذكرا كان أو أنثى إلى سن البلوغ بالنسبة للذكر وحتى الزواج والدخول بالنسبة للأنثى ، وذهب الجعفرية إلى أن الوالد أحق بالذكر بعد إنتهاء مدة الرضاع وأن الأم أحق بالأنثى حتى تبلغ سبع سنوات عند بعضهم ، أو تسع سنوات عند آخرين منهم ، وذهب بعضهم إلى أن الأم أحق بها مالم تتزوج ، ينظر لهذه الآراء ، الزيلعي ، تبيين الحقائق : ٤٨/٣ ، والكاساني ، بدائع الصنائع : ٤٥٩/٣ ، ويحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين : ص١٥٨٠، وفيه "مدار الحكم على نفس التمييز " ، وابن القيم الجوزية ، زاد المعاد : ١٣٥/٤ ، ومحمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤٨٦/٢ ، والمحقق الحلي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام : ٢/ ٢٩٧-٢٩٨ .

وقد نصت على الأحكام السابقة الفقرتان الرابعة و الخامسة وكالآتي :

"٤. للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته و تعليمه حتى يتم العاشرة من العمر ، وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكماله الخامسة عشرة ، إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية ، أن مصلحة الصغير تقضي بذلك ، على أن لا يبيت إلا عند حاضنته ليلا " .

"٥. إذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر يكون له حق الإختيار في الإقامة مع من يشاء من أبويه أو أحد أقاربه لحين إكماله الثامنة عشر من العمر ، إذا آنست المحكمة منه الرشد في هذا الإختيار " .

وينبغي ملاحظة ما يأتي :

١- إن تمديد الحضانة بعد العاشرة من عمر المحضون أمر جوازي بالنسبة للمحكمة ، وتصدر المحكمة قرارها بالتمديد بعد أن يثبت لديها أن مصلحة المحضون تقضي بهذا التمديد و على النحو المنصوص عليه .

٢- من المحتمل أن تحكم المحكمة بالتمديد لمدة سنة أو سنتين ، لكن أقصى مدة هي مدة خمس سنوات بعد إتمام المحضون العاشرة من عمره .

علاقة الأب بالمحضون :

للأب أن يشرف على شؤون ولده وتربيته ولوكان لدى الحاضنة سواء في مدة الحضانة الأصلية أو الممددة ، وله أن يطمئن على سلوكه وأخلاقه وكيفية سير دراسته وتعليمه وفي هذا الإشراف متابعة لمدى قيام الحاضنة بواجباتها ، فإذا قصرت الحاضنة فإن ذلك يعني أن شروط الحضانة غير متوفرة فيها .

ومن أجل ذلك يحق للأب مشاهدة ولده للإطمئنان عليه وفق الفقرة الرابعة التي تم ذكرها ، ولكن لا يجوز للمحكمة أن تحكم في المشاهدة بأن يبقى المحضون لدى أبيه ليلا إذ يجب أن يبيت عند حاضنته .[1]

---

(١) محمد بن يوسف المبدري ، التاج و الإكليل شرح مختصر خليل : ٢١٦/٤ .

ويجب أن يراعي في المشاهدة الأمور التالية :

١- يجب تعيين مدة المشاهدة ومكانها وإذا إتفق الطرفان على تحديدهما فإن القرار يصدر بناء على هذا الإتفاق ، وإن لم يتفق الطرفان فعلى المحكمة أن تعين المكان أو المدة كأن يكون في بيت أحد الأقارب .

٢- يجب أن يكون مكان المشاهدة مما يتلاءم مع الوضع النفسي للصغير من حيث الأمان والهدوء فلا يجوز (مثلا) أن يكون مكانا عسكريا أو مركزا للشرطة .

هذا وأن حق المشاهدة ثابت للأب وعند فقدانه يحق للجد لأب أو الجدة لأب أو العم مثلا مشاهدة المحضون ، غير أن هذا الحق لا يثبت إلا لمن حكم له بمشاهدة المحضون ، فلو حكم للجدة لأب بالمشاهدة فلا يجوز إصدار حكم آخر بالمشاهدة لعمه .

إسترداد المحضون :

إذا فقدت الحاضنة أحد شروط الحضانة وسقطت حضانتها وإنتقلت إلى حاضنة أخرى فهل للحاضنة الأولى الحق في طلب إسترداد المحضون إذا استكملت فيها شروط الحضانة وزال المانع ؟ للفقهاء رأيان :

ذهب المالكية إلى أنه إذا لم يكن لها دخل وإرادة في سقوط حضانتها فإن لها الحق في طلب إسترداد المحضون ، وذلك كأن يكون سبب سقوط حضانتها مرض أفقدها القدرة على رعاية المحضون ثم شفيت منه .

أما إذا كان لها دخل وإرادة في سقوط حضانتها كأن يكون بسبب سوء سلوكها فإنه لا حق لها في طلب إسترداد المحضون .

وذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجوز لها طلب إسترداد المحضون سواء كان لها دخل في سقوط حضانتها أم لم يكن لها دخل .[1]

وقد أخذ القانون بالرأي الثاني فأجاز للحاضنة التي أنهيت حضانتها بحكم أما كانت أو غيرها أن تطلب إسترداد المحضون من الأب أو غيره ممن حكم له بإستلام المحضون منها ، وجواز طلب الإسترداد مقيد بما إذا ثبت تضرر المحضون من بقائه لدى من حكم له بإستلام المحضون من الحاضنة الأولى .

---

(١) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص٦٢٧ .

وعلى هذا نصت الفقرة السادسة وكالآتي :

" للحاضنة التي أهيت حضانتها بحكم أن تطلب إسترداد المحضون من حكم له بإستلام المحضون منها ، إذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معه " .

إنتقال الحضانة قبل إنتهاء مدتها :

لا يستطيع الأب طلب تسليم المحضون إليه قبل إكماله العاشرة من العمر مادامت الأم محتفظة بشروط الحضانة ، أما ذا فقدت الأم شروط الحضانة أو توفيت فإن للأب أن يضم المحضون إليه ولو لم يكمل العاشرة من عمره .

وهذا فيما إذا إقتضت مصلحة الصغير تسليمه للأب ، أما إذا إقتضت مصلحته غير ذلك و وجدت هنالك حاضنة أخرى و رأت المحكمة أن مصلحة الصغير تقضي بالإنضمام إليها عندئذ يسلم المحضون إليها ، وبإمكان المحكمة إدخال جدة الصغير لأم – مثلا – كشخص ثالث في الدعوى تطالب بضم الصغير إليها وبأنها تصلح للحضانة فإذا ثبت ذلك فللمحكمة أن ترد دعوى الأب ويسلم الصغير إلى جدته لأم .

وتبين مما تقدم أن الأصل في ترتيب الحواضن هو : الأم ثم الأب إلا إذا إقتضت مصلحة الصغير غير ذلك وحينئذ من تختاره المحكمة ، وإذا فقد الأبوان شروط الحضانة لمرض أو غيره عندئذ يودع الصغير بيد حاضنة أو حاضن أمين تتوفر فيهما شروط الحضانة المذكورة ، وإذا تعذر كل ذلك فيودع المحضون لدى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة .

نصت على ما تقدم الفقرتان السابعة و الثامنة وكالآتي :

"٧. في حالة فقدان الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها ، تنتقل الحضانة إلى الأب ، إلا إذا إقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك وعندها تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة ، مراعية بذلك مصلحة الصغير " .

"٨. إذا لم يوجد من هو أهل للحضانة من الأبوين ، تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة أو حاضن أمين كما يجوز لها أن تودعه إلى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها " .

إنتهاء حضانة الأب :

سبق بيان أن الأب لا يستطيع طلب ضم الصغير إليه من حاضنته قبل إكماله العاشرة من العمر، وله ذلك بعد إكماله العاشرة شريطة أن تتوفر فيه شروط الحضانة ، أما إذا فقد شرطا من شروط الحضانة، أو مات، فإن الصغير يبقى لدى أمه مادامت محتفظة بشروط الحضانة، وليس لجد الصغير لأب أو لعمه أو غير هؤلاء من الأقارب مطالبة الأم بضم الصغير إليه .

أما إذا فقدت شرطا من شروط الحضانة عندئذ تقام عليها الدعوى لرفع حضانتها وذلك من قبل أحد أقارب الصغير إذا توفرت فيه شروط الحضانة .

وقد نص على هذه الأحكام البند – أ – من الفقرة التاسعة ونصها :

"٩-أ- إذا فقد أبو الصغير أحد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى أمه مادامت محتفظة بشروط الحضانة ، دون أن يكون لأقاربه من النساء أو الرجال حق منازعتها لحين بلوغه سن الرشد ".

زواج الأم :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن حضانة الأم تسقط بزواجها من أجنبي عن المحضون .[١]

وذهب الظاهرية إلى أن حضانتها لا تسقط بزواجها .[٢]

وقد كان قانون الأحوال الشخصية يأخذ برأي الجمهور ويسقط حضانة الأم بزواجها ، إلا أن الفقرة المذكورة الغيت في (١٩٨٦/٧/٧) وحل محلها حكم جديد يقضي ببقاء حضانة الأم حتى ولو تزوجت بأجنبي عن المحضون و وضع لبقاء الحضانة في هذه الحالة شروطا مذكورة في البند (ب) من الفقرة التاسعة وكالآتي :

---

(١) الشيخ نظام : الفتاوى الهندية : ٥٤١/١ ، وابن جزي ، القوانين الفقهية : ص٢٢٩ ، وأبو إسحاق الشيرازي ، المهذب : ١٦٩/٢، يونس البهوتي ، شرح منتهى الإرادات : ٢٦٤/٣ ، وجعفر بن الحسن الحلي ، المختصر النافع : ص١٩٤ .

(٢) إبن حزم الأندلسي ، المحلى : ٣٢٣/١٠ .

"٩-ب- إذا مات أبو الصغيرفيبقى لدى أمه وإن تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين بشرط :-

١. أن تكون الأم محتفظة ببقية شروط الحضانة .
٢. أن تقتنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقائه مع الأم .
٣. ان يتعهد زوج الأم حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم الإضرار به ".

أما إذا أخل الزوج بالتعهد المنصوص عليه ، فإن القانون قد جعل هذا الإخلال سببا لطلب التفريق من قبل الزوجة ،وهذا ما نص عليه البند (ج) من الفقرة ونصه:
"ج- إذا أخل زوج الأم بالتعهد المنصوص عليه في (٣) من البند (ب) فيكون ذلك سببا لطلب التفريق من قبل الزوجة " .

الباب السابع

نفقة الفروع و الأصول و الأقارب



تمهيد :ـــ

أوجبـــت الشـــريعة الإســـلامية الإنفاق على القادر عليه للمحتاج إليه سواء وجدت بينهما صلة قربى أم لم توجد وذلك عن طريقين :-

أولهمـــا : الـــزكاة ، فالزكاة وجبت على من ملك نصابها لمن يحتاج إلى المال من الأصناف المذكـــورة في قولـــه تعـــالى:" إنمـــا الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وإبن السبيل " .(١)

ثانيهما : الإنفاق على المحتاج ، وقد ثبت ذلك بنصوص كثيرة جدا منها قوله تعالى : " وأنفقوا من ما رزقناكم " .(٢)

والنســـبة بـــين الإنفاق والزكاة هي العموم والخصوص المطلق فكل زكاة إنفاق وليس كـــل إنفـــاق زكـــاة ، والفـــرق بينهما أن المقدار الواجب إنفاقه في الزكاة محدد، أما في الإنفـــاق الـــذي هـــو مـــاعدا الـــزكاة فهـــو غير محدد بل متروك لما يقدر عليه المنفق ، وكل ذلك من أجل التكافل والتضامن الإجتماعي وإقتلاع الفقر من جذوره .

وإذا كـــان هـــذا مـــا ينبغي أن يكون شان المجتمع فلابد أن يصل التضامن والتكافل بـــين أفـــراد الأســـرة وبـــين الأقارب إلى درجة أقوى وأعمق ، ومن هنا أوجبت الشريعة الإنفاق بين الأقارب .

فقـــد ثبـــت وجـــوب النفقة للزوجة بعدة نصوص منها قوله تعالى : " لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها "(٣) .

ومـــن النصـــوص الـــتي توجـــب الـــنفقة عـــلى الولـــد لوالديـــه قولـــه تعـــالى : " ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا " .(٤)

وقوله تعالى : " وصاحبهما في الدنيا معروفا " .(٥)

---

(١) سورة التوبة : آية ٦٠ .

(٢) سورة المنافقون : آية ١٠ .

(٣) سورة الطلاق : آية ٧ .

(٤) سورة الأحقاف : آية ١٥ .

(٥) سورة لقمان : آية ١٥.

وأول المعروف كفايتهما عند الحاجة وهو أول مراتب الإحسان إليهما .

ومن النصوص الدالة على وجوب النفقة للولد على أبيه قوله تعالى :

" فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن " .[1]

وقوله تعالى : " وعلى المولود له رزقهن وكسوهن بالمعروف" .[2]

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم لهند : " خذي من مال أبي سفيان مايكفيك وولدك بالمعروف " .[3]

ومن النصوص الدالة على وجوب النفقة بين الأقارب بوجه عام قوله تعالى :

" وآت ذا القربى حقه " .[4]

وقوله تعالى : " وأعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا و بالوالدين إحسانا وبذي القربى " .[5]

فهذه النصوص وغيرها تؤكد وجوب الإنفاق بين الأقارب وهي في مجملها تعني أن الملكية في الشريعة الإسلامية لها وظيفة إجتماعية، وأن ملكية الفرد ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بالأهداف التي رسمها الشارع .

وإذا كانت القرابة سببا لوجوب النفقة فما هو نطاق تلك القرابة ونوعها ؟

لقد إختلف الفقهاء في ذلك ولهم بهذا الشأن آراء نذكرها فيما يأتي :

القرابة الموجبة للنفقة :

القاعدة العامة في الفقة الإسلامي وفي القانون :- " أن نفقة كل إنسان من ماله إلا الزوجة فنفقتها على زوجها " وتعني القاعدة أن الإنسان إذا كان له مال فإن نفقته تجب من ماله صغيرا كان أو كبيرا ذكرا كان أو أنثى بإستثناء الزوجة فإن نفقتها على زوجها سواء كانت ذات مال أم لم تكن ذات مال .[6]

---

(١) سورة الطلاق : آية ٦ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

(٣) متفق عليه .

(٤) سورةالإسراء : آية ٢٦ .

(٥) سورة النساء : آية ٣٦ .

(٦) وبعد أن صدر القرار بوجوب إنفاق الزوج على زوجته في حالة ما إذا كانت غير قادرة على العمل أو لا تملك دخلا أصبحت القاعدة حكما كالآتي " أن نفقة كل إنسان من ماله إلا الزوجة غير القادرة على العمل أو التي لا تملك دخلا فنفقتها على زوجها " .

وقد نصت على هذه القاعدة المادة الثامنة والخمسون من القانون وكالآتي :
" نفقة كل إنسان من ماله إلا الزوجة فنفقتها على زوجها " .

أما إذا لم يكن للإنسان مال ينفق على نفسه فإن نفقته تجب على قريبه ، والفقهاء متفقون على ذلك غير أنهم إختلفوا في تحديد القرابة الموجبة للإنفاق على الآراء التالية :—

- ذهب المالكية إلى أن النفقة لا تجب إلا للآباء والأبناء المباشرين فلا تجب للجد وإن علا ولا لولد الولد وإن سفل .[1]
- وذهب الشافعية إلى أن النفقة تجب للأصول والفروع ، فتجب للجد وإن علا و ولد الولد وإن سفل .[2]
- وذهب الحنفية إلى أنها تجب للأصول والفروع وكل ذي رحم محرم ، فتجب عندهم النفقة على كل قريب لقريبه إذا كانت القرابة بينهما تحرم على الرجل الزواج بالأنثى كالعمات والخالات والأعمام و الأخوات .[3]
- وذهب الحنابلة إلى أن النفقة تجب للأصول والفروع ولكل قريب وارث بالفرض أو التعصيب سواء كان القريب من المحارم أو من غير المحارم ، وبناء على مذهبهم هذا لإبن العم النفقة على إبن عمه .[4]

وهذا أوسع المذاهب الفقهية في نفقة الأقارب وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية فأوجب النفقة لكل قريب وارث سواء كان القريب من المحارم أو من غير المحارم .

---

(١) محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢/٤٨٤ ، وابن جزي ، القوانين الفقهية : ٢/١٦٦ .
(٢) أبو إسحاق الشيرازي ، المهذب : ٢/١٦٦ .
(٣) كمال الدين بن الهمام ، المغني والشرح الكبير : ٢٢١-٢٢٤ .
(٤) إبن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير : ٩/٢٦٦ ، ويونس البهوتي ، شرح منتهى الإرادات : ٣/٢٥٤ .

الفصل الأول
نفقة الأصول والفروع



المبحث الأول

نفقة الفروع على الأصول

يقصد بالفروع الذين تجب لهم النفقة عند جمهور الفقهاء أولاد الشخص و أولاد أولاده وإن نزلوا سواء كانوا ذكورا أم اناثا [1] ولكن الذي جرى عليه المشرع العراقي أنه أطلق لفظ (الولد) وأراد به الولد المباشر إبنا كان أو بنتا ، وجعل نفقته على أبيه دون ولد الولد أي ولد الإبن، وولد البنت المذكر أو المؤنث ، فقد جعل المشرع نفقة هؤلاء على من يرثونهم من أقاربهم كالنفقة لعموم القرابة الآخرين .

وهذا التفسير للفظ الولد يعطيه نص المادتين (٥٩ و ٦٠) واللتين قضيتا بنفقة الولد على أبيه وجده حصرا دون ذكر لفظ الجد أو الأصل المذكر . [2]

سبب وجوب النفقة بين الأصول والفروع :

إن سبب وجوب النفقة هو (الجزئية) أي كون الولد جزءاً من أبيه وليس على أساس (الإرث)كما في نفقة الأقارب من غير الفروع والأصول وترتب على إختلاف هذا الأساس أن إختلاف الدين بين الفروع والأصول لا يكون مانعا من وجوب النفقة بينهم ، بينما يكون مانعا للنفقة بين الأقارب من غير الفروع والأصول لأنه لاتوارث عند إختلاف الدين .

شروط وجوب نفقة الفروع على الأصول :

تجب نفقة الإبن على أبيه عند توفر الشروط التالية :

١- أن يكون الإبن فقيرا ليس له مال فإن كان له مال فنفقته من ماله بناء على القاعدة التي سبق ذكرها .

وإذا كان للإبن مال غير حاضر فعلى الأب أن ينفق عليه وله أن يرجع عليه بما أنفقه إذا كان الإنفاق قد تم بحكم قضائي أو أشهد عليه وإلا يعتبر متبرعا .

---

(١) وهذا مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة ، وذهب المالكية إلى أن النفقة تجب للولد على الأب لاالولد ينظر :كمال الدين بن الهمام ، و أبو إسحاق الشيرازي ، ويونس البهوتي ، وإبن جزي ، المصادر السابقة ، الإشارات نفسها .

(٢) ينظر : الدكتور أحمد علي وآخرون ، شرح قانون الأحوال الشخصية : ص ٢٢٥ .

٢- أن يكون الإبن مع فقره عاجزا عن الكسب ، أما إذا كان قادرا على الكسب بالوسائل المشروعة المعتادة فلا تجب له النفقة .

ويتحقق العجز بما يأتي :

أ- الصغر : ويقصد به من لم يبلغ الحد الذي يتكسب فيه أمثاله .

فقد أوجب المشرع العراقي النفقة على الأب لولده إلى أن يصل الحد الذي يتكسب فيه أمثاله ، ولا يشترط البلوغ .

ب- المرض الذي يحول دون العمل كالشلل و العمى والجنون ونحوها .

ج- طلب العلم ، فعلى الأب الإنفاق على ولده ولو تجاوز السن الذي يتكسب فيه أمثاله فيما إذا كان طالب علم .

وقد عد بعض الفقهاء من دواعي العجز أيضا أن يكون العمل الذي يمكن أن يتكسب منه الإبن من الأعمال التي لا تتناسب مع مكانته الإجتماعية .[١]

وأستثنى الفقهاء من هذا الشرط (البنت) فأوجبوا على الأب الإنفاق عليها إذا لم يكن لها مال سواء كانت عاجزة عن الكسب أو قادرة عليه وذهبوا إلى عدم جواز إجبارها على الكسب بل ينفق الأب عليها إلى أن تتزوج .[٢]

٣- أن يكون الأب قادرا على الإنفاق ليساره أو قدرته على الكسب ، فالنفقة تجب عليه ولوكان فقيرا إذا كان قادرا على الكسب .

أما إذا كان عاجزا عن الكسب بسبب المرض أو كبر السن فإن النفقة لا تسقط عنه بل تجب على من يوجد من الأصول ذكرا كان أو أنثى فيبدأ بالأم ثم الجد ثم الجدة الأقرب فالأقرب تبعا لوجودهم ويسارهم ويرجعون بالنفقة على الأب إذا أيسر .

وإذا كان للولد الفقير أم ذات مال فإنها تكلف بالنفقة على ولدها أما إذا كان معها جد الولد الفقير فإن النفقة توزع عليهما تبعاً لحصتهم الإرثية ، ومعنى ذلك أن على الأم سدس النفقة (أوثلثها) وعلى الجد الباقي .

ولوكان له جدتان وجد فإن على الجدتين سدس النفقة مناصفة وعلى الجد الباقي .

---

(١) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص٦٨٧ .

(٢) الدكتور أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان ماعليه العمل في محاكم الكويت : ص٥٦٥ .

وفي هذه الأحوال كلها تكون النفقة دينا على الأب يرجع المنفق بما أنفق عليه إذا أيسر .[1]
ومعنى ذلك أنه لايشارك الأب أحد في نفقة أولاده .[2]

وتجب نفقة الولد على أبيه بقدر الكفاية إلا إذا كان الأب موسرا فإن نفقة ولده تجب بحسب يسار الأب و وفقا لما تقرره المحكمة ، وتشمل نفقة الولد كل ما يحتاج إليه من طعام وكسوة و سكنى وأجرة رضاعة وحضانة إن كان الولد صغيرا ، وكذلك أجرة خادم إذا أحتيج إليه .[3]

وقد نصت على أكثر الأحكام السابقة المادتان التاسعة والخمسون والستون وكما يلي :

م ٥٩ : "١- إذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه مالم يكن فقيرا عاجزا عن النفقة والكسب " .

٢-تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى ويصل الغلام إلى الحد الذي يتكسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم .

٣-الإبن الكبير العاجز عن الكسب بحكم الإبن الصغير .

م ٦٠ : " أ- إذا كان الأب عاجزا عن النفقة يكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم الأب " .

٢- " تكون هذه النفقة دينا على الأب للمنفق يرجع بها عليه إذا أيسر" .

المبحث الثاني
نفقة الأصول على الفروع

المراد بالأصول شرعا و عرفا : الوالدان و الأجداد والجدات من جهة الأب أو من جهة الأم ، لكن المشرع العراقي قصر لفظ (والديه) الوارد في المادة الحادية و الستين على الوالدين الحقيقيين أو الأبوين المباشرين أي : الأب و الأم ، وهذا ما يفهم من المادة المشار إليها ونصها :-

---

(١) الدكتور أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقية : ص٢٤٦ .

(٢) الدكتور أحمد الغندور ، المصدر السابق : ص٥٦٦.

(٣) كمال الدين بن الهمام ، شرح فتح القدير : ٢١٧/٤ .

"يجب على الولد الموسر كبيرا كان أو صغيرا نفقة والديه الفقيرين ولو كانا قادرين على الكسب مالم يظهر الأب إصراره على إختيار البطالة ".

فلفظ (والديه) ولفظ (الأب) الواردين في هذه المادة يحملان على معناهما الحقيقي لعدم وجود دليل على العدول بهما عن المعنى الحقيقي إلى المعنى المجازي .

ومعنى ذلك أن نفقة الأجداد والجدات وإن كانت واجبة إذا توفرت الشروط ، فإنها تخضع لأحكام المادة الثانية والستين[1] ، والتي أوجبت النفقة للأقارب على أساس الإرث إضافة إلى اليسار .

شروط وجوب نفقة الوالدين على الولد :-

يشترط لوجوب نفقة الوالدين على الولد ذكرا كان أو أنثى مايأتي :-

١-أن يكون الوالدان فقيرين لا مال لهما وإن كانا قادرين على الكسب ، إلا إذا أظهر الأب إصراره على إختيار البطالة كسلا وعنادا وإضرارا بإبنه ،حينئذ لا تجب له النفقة ، والمحكمة هي الجهة التي تقدر الإستحقاق وعدمه .

٢- أن يكون الولد موسرا : وهذا ما إشترطه القانون ، لكن فقهاء الحنفية لم يشترطوا يسار الولد فمما يؤخذ بنظر الإعتبار عندهم في وجوب نفقة الأصل على الفرع هو مجرد فقر الأصل بقطع النظر عن يسار الفرع وإعساره .[2]

والفرق بين عسر الولد ويسره هو أنه إذا كان الولد معسرا فإن له المطالبة بضم والديه إليه ، أما إذا كان موسرا فعليه أن يفرض لهم النفقة ، ولا يجوز له إجبارهما على الإنضمام إليه ، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز في أحد قراراتها حيث جاء فيه " إذا كان الإبن معسرا فله المطالبة بضم أبيه طالب النفقة إليه وإذا كان موسرا فيلزمه أداء النفقة لأبيه المعسر و لا يجبر الأب على الإنضمام إليه" .[3]

---

(١) الدكتور أحمد علي و آخرون ، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي : ص٢٢٩-٢٣١ .

(٢) كمال الدين بن الهمام ، شرح فتح القدير : ٢٢٠/٤ ، وفيه " فالمعتبر في إيجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر " .

(٣) قرار رقم ٨٦٧ في ١٩٧٤/١٢/١٢ ، إبراهيم المشاهدي ، المبادىء القانونية في قضاء محكمة التمييز ، المصدر السابق : ص٢٩٤ .

وذهبت محكمة التمييز إلى أن الولد الموسر مكلف بنفقة والدته الفقيرة إذا كان زوجها فقيرا سواء كان زوجها والد الولد الموسر أم لا .[1]

ويبدو أن هذا الحكم مقيد برجوع الولد المنفق على زوج الأم إذا أيسر ، وإلا فإن نفقة الزوجة على زوجها لا يشاركه فيها أحد .

وعند الحنفية تجب على الولد نفقة زوجة أبيه إذا كان والده محتاجا إلى تلك الزوجة لكبر سن أو مرض [2] ، لكن محكمة التمييز ذهبت في قرار لها إلى أن إبن الزوج ليس مكلفا بالإنفاق على زوجة أبيه .

قواعد عامة في النفقة بين الأصول والفروع :

١. إن اتحاد الدين ليس شرطا للإنفاق بين الأصول والفروع .[3]
٢. إن قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين الموجودة في الميراث لا تطبق في موضوع نفقة الأبوين على أولادهما، فالذكر و الأنثى سواء في المطالبة بالنفقة ، فقد تحكم المحكمة على البنت لأبيها أكثر من الإبن تبعا لموردها وإلتزاماتها وقد تحكم عليهما بالتساوي إذا تساوت مواردهما وإلتزاماتهما .
٣. إذا كان للأب عدة أولاد بنين وبنات فلا يجوز إلزام أحدهم بالنفقة دون الباقين بل يجب توزيع النفقة عليهم بحسب موردهم وإلتزاماتهم إلا إذا كان بين الأولاد من هو فقير عاجز عن الكسب بسبب مرض أو ماشابه فإنه لايلزم بالإنفاق على والده لأنه حينئذ تجب له النفقة .
٤. إذا كان الطرف الذي تجب عليه النفقة غائبا أو مفقودا فإنه يقضى بالنفقة في ماله وهذا مما يجوز في النفقة للمستحقين من الوالدين والأولاد والزوجة دون غيرهم من الأقارب .

---

(١) قرار رقم ٦٧٧ في ١٩٧٤/١٢/١٢ ، المصدر السابق : ص٢٩٤ .

(٢) وعند المالكية تجب مطلقا ، ينظر : زكي الدين شعبان ، الأحكام والشرعية للأحوال الشخصية : ص٦٩٧ .

(٣) قرار رقم ٢٦٢ في ١٩٦٩/٤/١٣ ، إبراهيم المشاهدي ، المصدر السابق : ص٢٧٧ .



الفصل الثاني

نفقة الأقارب (الحواشي)

سبق أن ذكرنا آراء الفقهاء بشأن القرابة الموجبة للنفقة ، وقلنا بأن قانون الأحوال الشخصية قد أخذ برأي الحنابلة ومن وافقهم من الفقهاء في وجوب النفقة للأصول و الفروع وكل قريب وارث ، ولقد سبق بيان أحكام نفقة الأبوين للأولاد المباشرين ونفقة الأولاد المباشرين للأبوين ، وسنبين فيما يأتي أحكام نفقة الإخوة و الأخوات وأولادهم وكل قريب وارث .

فقد نصت المادة الثانية والستون على مايأتي :

" تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب على من يرثه من أقاربه الموسرين بقدر إرثه منه "

تشير هذه المادة إلى نفقة قرابة الحواشي كالإخوة و أولادهم والأعمام وأولادهم و العمات و الخالات وأولادهم .

ويشترط لوجوب النفقة بين الأقارب ما يأتي :

١- أن يكون المدعى عليه وارثا على فرض موت المدعي .

أما إذا لم يكن وارثا لعدم القرابة أصلا ، أو لكونه ممنوعا من الميراث لإختلاف الدين أو لأنه محجوب بمن هو أولى منه في الإستحقاق فلا نفقة عليه .

فلو كان لمستحق النفقة (إبن بنت) و(أخ لأب) موسران فإن النفقة تجب على الأخ لأب لأنه يحجب إبن البنت وهذا في الفقه السني، أما في الفقه الجعفري فعلي العكس تماما .[١]

وإذا كان لمستحق النفقة خال و عم موسران فإن النفقة على العم لأنه وارث .

وكذلك إذا كان له أخ شقيق وأخ لأب فإن النفقة على الأول دون الثاني لأنه وارث .[٢]

وهناك قاعدة عامة في نفقة الأقارب وهي أن الوارث المدعى عليه إذا كان فقيرا فيعتبر في حكم المعدوم ، عندئذ يطالب بالنفقة القريب الموسر الذي يليه ويعتبر كأنه هو الوارث ، ويفترض الوارث الفقير كأنه غير موجود .

---

(١) زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص٧٠١ .

(٢) عبدالقادر إبراهيم ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية : ص١٤٢ .

ففــي المــثال الأخــير الــذي سبق ذكره إذا كان الأخ الشقيق فقيرا ولا يمكنه دفع الــنفقة لأخيه المدعي في حين كان الأخ لأب هو الموسر فإن النفقة تفرض على الأخ لأب بإعتباره هو الوارث .[1]

ومعــنى ذلــك أنــه لا يشــترط في المدعى عليه أن يكون وارثا بالفعل بل يكفي أن يكون وارثا من حيث الجملة .

وإذا كــان لمســتحق الــنفقة أقرباء وارثون فإن النفقة توزع عليهم بحسب حصصهم الإرثــية ، فلــو كانت له أخت شقيقة ، وأخت لأب ، وأخت لأم ، وجبت النفقة عليهن جمــيعا فعلي الأخت الشقيقة ثلاثة أخماس النفقة، وعلى الأخت لأب خمسها، وعلى الأخت لأم خمسها ، وذلك بحسب ميراثهن فرضا وردا .

٢- أن يكــون المدعــي فقــيرا وعاجزا عن الكسب بسبب الصغر أو المرض أو ما شابه ذلك ، أما إذا كان فقيرا قادرا على الكسب فلا تجب النفقة له .

٣- أن يكون المدعى عليه موسرا ولديه ما يزيد عن حاجته وحاجة عياله .

وقــد إخــتلف الفقهاء في اليسار الموجب للنفقة فذهب بعضهم إلى أنه مقدر بنصاب الــزكاة بمعــنى أن مــن ملك نصاب الزكاة كان موسرا ، وذهب بعضهم إلى أنه إذا كان لديه ما يزيد عن حاجة نفسه وعياله مدة شهر يعد موسرا .[2]

هذا وتجب نفقة الأقارب بقدر كفاية القريب الفقير .[3]

وقت إستحقاق النفقة :

ســبق بــيان أن الزوجة تستحق النفقة إعتبارا من تأريخ إمتناع الزوج عن الإنفاق ، أمــا نفقــة الأقــارب فإنها تستحق إعتبارا من تأريخ رفع الدعوى ، وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة والستون وكالآتي :

" يقضى بنفقة الأقارب من تأريخ الإدعاء " .

وتشمل هذه المادة نفقة الأصول و الفروع والحواشي .[4]

---

(١) الدكتور أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي : ص٥٧٣.

(٢) الدكتور عبدالرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري : ٢/٢٩٥ .

(٣) زكي الدين شعبان ، المصدر السابق : ص ٦٧٩ .

(٤) عبدالقادر إبراهيم ، المصدر السابق : ص ١٤٣.

الفهارس



الفهارس

المصادر

المصادر

بعد القرآن الكريم

أولا : كتب التفسير :

١- أبوبكر الجصاص " أحمد بن على " أحكام القرآن ، بيروت ، دار الفكر للطباعة والنشر .

٢- أبوبكر بن العربي " محمد بن عبدالله " ، أحكام القرآن ، تحقيق محمد بن على البجاوي ، بيروت ، دار الفكر .

٣- إبن كثير " إسماعيل بن عمر " تفسير القرآن العظيم ، بيروت ، دار الجيل ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٨.

٤- القرطبي " محمد بن أحمد " الجامع لأحكام القرآن ، بيروت ، دار الفكر .

ثانيا : كتب الحديث و شروحه :

٥- إبن حجر العسقلاني ، " أحمد بن على " ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، بيروت ، دار المعرفة .

٦- عبدالله بن يوسف الزيلعي ، بيروت ، نصب الراية لأحاديث الهداية ، ١٣٩٣هـ .

٧- محمد بن إسماعيل الصنعاني ، سبل السلام شرح بلوغ المرام ، دار إحياء التراث العربي ، ١٩٦٠، .

٨- محمد بن على الشوكاني ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، بيروت ، دار الجيل ، ١٩٧٣ .

ثالثا : كتب الفقه :

٩- إبن جزي " محمد بن أحمد " ، القوانين الفقهية ، الدار العربية للكتاب ، ليبيا ، ١٩٨٨.

١٠- إبن حجر الهيتمي (أحمد بن محمد) ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، بيروت ، دار صادر.

١١- إبـــن حـــزم الأندلسي ، " على بن أحمد " ، المحلى ، تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر ، بيروت ، دار الفكر .

١٢- إبـــن رشـــد الحفـــيد " أبـــو الوليد محمد بن أحمد " ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مكتبة الكليات الإزهرية ، ١٩٦٩ .

١٣- إبن رشد " ابو الوليد محمد بن أحمد " ، المقدمات الممهدات ، بغداد ،مكتبة المثنى.

١٤- إبـــن عـــرفة الدســـوقي " محمـــد بن أحمد " ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مصر ، دار إحياء الكتب العربية .

١٥- إبـــن قدامـــة المقدســـي " موفـــق الديـــن بـــن محمـــد " ، المغني والشرح الكبير ، بيروت ، دار الكتاب العربي.

١٦- إبـــن القـــيم الجوزيـــة " محمـــد بـــن أبي بكـــر " ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، مصر ، ١٩٦٥ .

١٧- أبـــو إســـحاق الشـــيرازي " إبراهـــيم بن على " ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، أندونيسيا ،شركة أحمد بن نبهان.

١٨- أبوبكر السرخسي " محمد بن أحمد " ، مصر ، مطبعة السعادة ، ١٩٣٤ .

١٩- أبوبكر بن محمد الدمشقي ، كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار ، بيروت ، دمشق ، دار الخيرللطباعة والنشر ، ، الطبعة الثالثة ، ٢٠٠١ .

٢٠- أبـــو حســـن المـــاوردي " على بن محمد " ، الحاوي الكبير ، تحقيق الشيخ على محمد معوض ، والشيخ عادل أحمد عبدالموجود ، بيروت ، دار الكتب العلمية .

٢١- أبـــو الليـــث الســـمرقندي " نصـــر بـــن محمـــد " ، خزانة الفقه وعيون المسائل ، تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي ، بغداد ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، ١٩٦٥ .

٢٢- الـــباجوري " إبراهـــيم بن محمد " حاشية الباجوري على شرح إبن قاسم الغزي على متن أبي شجاع ، القاهرة ، دار إحياء الكتب العربية.

٢٣- يونـــس الـــبهوتي " منصـــور بـــن يوسف " ، الروض المربع ، بيروت ، عالم الكتب ، ١٩٨٥ ، وأيضا : شرح منتهى الإرادات ، بيروت ، دار الفكر .

٢٤- جعفر بن حسين الحلي ، المختصر النافع في فقه الإمامية ، مصر، دار الكتاب العربية .

٢٥- جلال الدين السيوطي " عبدالرحمان بن أبي بكر " ، الحاوي للفتاوى ، بيروت، دار الكتب العلمية.

٢٦- الحصكفي " أحمد بن علي " ، الدر المختار ، مطبعة دار الكتب العربية الكبرى .

٢٧- الحطاب " محمد بن محمد بن عبدالرحمان " ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ليبيا ، مكتبة النجاح ، ١٣٣٢ هـ .

٢٨- الخرشي " محمد بن عبدالله " شرح الخرشي على مختصر خليل ، بيروت، دار صادر .

٢٩- السرخسي " محمد بن أحمد بن سهل المبسوط " ، مصر ، مطبعة السعادة ، ١٩٣٤ .

٣٠- سليمان بن عمر السجيرمي ، حاشية السجيرمي على شرح المنهج ، مطبعة مصطفى البابي ، ١٩٥٠ .

٣١- السمناني " علي بن محمد " ، روضة القضاة وطريق النجاة ، تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي ، ، بغداد ، مطبعة اسعد ، ١٩٧٠ .

٣٢- شمس الدين الرملي " محمد بن أحمد " نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، مصر ، مطبعة مصطفى البابي ، ١٩٣٨ .

٣٣- عزالدين بن عبدالسلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، مصر ، دار الشروق للطباعة .

٣٤- الغزالي " أبو حامد محمد بن محمد " ، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي ، بيروت ، دار المعرفة .

٣٥- الكاساني " علاء الدين أبو بكر بن مسعود " ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الثامنة ، ١٩٦٨ .

٣٦- الكمال بن الهمام " كمال الدين محمد بن عبدالواحد " شرح فتح القدير ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ، الطبعة الأولى ، ١٣١٥ هـ .

٣٧- المحقق الحلي " أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن " شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، تحقيق عبدالحسين محمد علي ، النجف الأشرف، مطبعة الآداب ، الطبعة الأولى ، ١٩٦٩ .

٣٨- محمد بن أحمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج ، مطبعة مصطفى البابي ، ١٩٣٣ .

٣٩- محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، طبعة بولاق .

٤٠- محمد بن حسين بن علي الطوسي ، الخلاف في الفقه ، طهران ، الطبعة الثانية .

٤١- محمد بن عبدالرحمان ، رحمة الأمة في إختلاف الأئمة ، بغداد ، مكتبة أسعد، الطبعة الأولى ، ١٩٩٠ .

٤٢- محمد بن فرامرز ، درر الحكام شرح غرر الأحكام ، تركيا ،مطبعة محمد أسعد ، الطبعة الأولى .

٤٣- محمد بن نصر المروزي ، إختلاف العلماء ، تحقيق صبحي السامرائي ، بيروت ، عالم الكتب ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٦ .

٤٤- المرغيناني " أبو الحسن علي بن أبي كر " ، الهداية شرح بداية المبتدي ، مصر، مطبعة مصطفى البابي .

٤٥- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية ، بدون إسم الناشر ومكان وسنة الطبع .

٤٦- يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين ، بيروت ، دار إبن حزم للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٢ .

رابعا : الكتب الشرعية والقانونية :

٤٧- الدكتور إبراهيم عبدالرحمان إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ، الأردن ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى .

٤٨- إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، قسم الأحوال الشخصية ، بغداد ، مطبعة أسعد ، ١٩٨٩ .

٤٩- إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، قسم الأحوال الشخصية ، بغداد ، مطبعة الزمان ، ١٩٩٩ .

٥٠- الدكتور أحمد عبيد الكبيسي ، الأحوال الشخصية في الفقه و القضاء والقانون ، بغداد، مطبعة عصام .

٥١- الدكتور أحمد عبيد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي

٥٢- الدكــتور أحمــد عــلي ، والدكتور حمد عبيد ، والدكتور محمد عباس ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، بغداد، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.
٥٣- الدكــتور أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ، مع بيان ما عليه العمل في محاكم الكويت ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٢ .
٥٤- الدكــتور أحمــد فهمــي أبو سنة ، أحكام الضرر والعادة ، بحث منشور ضمن كتاب مدخل الفقه الإسلامي،تأليف نخبة من علماء الأزهر .
٥٥- أحمد محمود الشافعي ، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية ، مصر ،دار الهدى للمطبوعات ، ١٩٩٤ .
٥٦- زكــي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ليبيا ، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي ، ١٩٩٣ .
٥٧- الدكــتور عــبدالرحمان الصــابوني ، شــرح قــانون الأحوال الشخصية السوري ، منشورات جامعة دمشق ، ١٩٩٨ .
٥٨- الدكــتور عــبدالرزاق الســنهوري ، الوســيط في شرح القانون المدني ، القاهرة ، دار النهضة العربية .
٥٩- عــبدالقادر إبراهــيم ، محاضــرات في قانون الأحوال الشخصية ، ألقيت على قضاة العمل ، مطبوعة بالآلة الكاتبة .
٦٠- الدكــتور عــبدالكريم زيــدان ، المفصــل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثالثة ، ١٩٩٧ .
٦١- الدكــتور عــبدالكريم زيــدان ، الوجــيز في أصول الفقه ، طهران ،دار إحسان ، الطبعة الثالثة ، ١٩٩٥ .
٦٢- الدكــتور عــزالدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٦ .
٦٣- عــلي بــن محمــد بن إبراهيم الكرباسي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، بغداد ، وزارة العدل ، دار الحرية للطباعة .
٦٤- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثالثة ، ١٩٤٨ .

٦٥- محمـــد أحمـــد عابدين ، التعويض بين المسؤولية العقدية والتقصيرية ، دار المطبوعات ، الأسكندرية ، ١٩٨٥ .

٦٦- محمـــد حسين الذهبي ، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية ، بغداد ،شركة الطبع والنشر الأهلية ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٨ .

٦٧- محمـــد عـــزمي الـــبكري ، موســـوعة الفقـــه والقضـــاء في الأحـــوال الشخصية ، دار للنشر والتوزيع ، ١٩٨٩ .

٦٨- الدكـــتور مصـــطفى إبراهـــيم الـــزلمي ، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد ، الموصل، دار محمود الكتب للطباعة والنشر.

٦٩- الدكـــتور مصـــطفى إبراهـــيم الـــزلمي ، مدى سلطان الإرادة في الطلاق بين شريعة السماء وقانون الارض منذ أربعة آلاف سنة ، بغداد ، مطبعة العاني ، ١٩٨٤ .

٧٠- الدكـــتور مـــنذر الشـــاوي ، المدخل لدراسة القانون الوضعي ، بغداد ، دار الشؤون الثقافية ، ١٩٩٦ .

٧١- منير القاضي ، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي ، بغداد .

٧٢- الدكـــتور وهـــبة الزحيـــلي ، الفقـــه الإســـلامي وأدلـــته ، دمشـــق، دار الفكر، الطبعة الرابعة، ١٩٩٧ .



